DIE ZWANGSWEISE AUSSCHLIESSUNG EINES GMBH-GESELLSCHAFTERS AUS WICHTIGEM GRUND

Gerhard Fischer

1968

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547604_0118

DIE ZWANGSWEISE AUSSCHLIESSUNG EINES GMBH-GESELLSCHAFTERS AUS WICHTIGEM GRUND

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

einer Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

(Rechtswissenschaftliche Abteilung)

der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Gerhard F i s c h e r

aus Ulm

1969

DISSERTATIONSDRUCK -SCHÖN- München 23 · Belgradstraße 11

Dekan: Professor Dr. Karl Peters

1. Berichterstatter: Professor Dr. Ludwig Raiser

2. Berichterstatter: Professor Dr. Robert Scheyhing

Tag der mündlichen Prüfung: 20. Dezember 1968

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

I N H A L T S V E R Z E I C H N I S

		Seite
Literaturverzeichnis		VIII
Abkürzungen		XV
§ 1	Einführung und Problemstellung	1
I.	Rechtslage und Streitstand betr. das Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer GmbH aus wichtigem Grund	
	1. Das GmbHG	1
	a) Gesetzlich geregelte Formen des Ausscheidens	1
	b) Ausscheiden aus wichtigem Grund	2
	2. Kurzer Überblick über die bisherige Behandlung der Frage	3
	a) in der Rechtsprechung	3
	b) im Schrifttum	4
II.	Die praktische Bedeutung des Problems	5
	1. Die allgemeine Entwicklung der GmbH in der Rechtswirklichkeit	5
	2. Statistischer Ausblick	6
III.	Ziel der Arbeit und Gang der Darstellung	8
TEIL A:	Die rechtliche Grundlage für die Möglichkeit der Ausschließung aus wichtigem Grund	10
§ 2	Bisherige Begründungsversuche für die Zulässigkeit der Ausschließung	10
I.	BGH: Allgemeiner Rechtsgedanke	10
II.	RG und Scholz: Stillschweigender Vertragsinhalt	12
III.	Hueck: Analoge Anwendung der §§ 737 BGB, 140 HGB	13
IV.	Gemeinsamer Mangel der bisherigen Begründungsversuche	14

§ 3 System der Lückenausfüllung im GmbHG 15

I. Die Rechtsquellen des GmbH-Rechts 15

1. Das GmbHG als primäre Rechtsquelle 15
2. Subsidiäre Rechtsquellen 16
a) Das Vereinsrecht 16
b) Das Aktienrecht 18

II. Die Notwendigkeit der Rechtsfortbildung und verschiedene Möglichkeiten 18

III. Anwendung des Rechts der Personengesellschaften? 20

1. Voraussetzung der Rechtsfortbildung: Vorliegen einer Lücke im Gesetz 20
2. Mittel der Lückenausfüllung 22
3. Analogiebasis und tatsächliche Bedürfnisse 24

§ 4 Die Ausschließung aus wichtigem Grund und das Schema der Lückenausfüllung 26

I. Eine Lücke? 26

II. §§ 140, 133 BGH als Analogiebasis 27

1. Spezifische Normen der oHG? 27
2. Vereinbarkeit von § 140 HGB mit den tragenden Prinzipien des GmbH-Rechts? 27
a) Kapitalgesellschaft 28
b) Die Treupflicht 29
c) Ergebnis 29

III. Angemessenheit der Regelung in § 140 HGB und Grenzen der Analogie 30

1. Notwendigkeit zur Differenzierung bei der GmbH im Einzelfall 30
2. Die Grenzen des § 140 HGB als Analogiebasis 31

IV. Zusammenfassung und Vergleich mit der Lösung des BGH 32

TEIL B: Die Durchführung der Ausschließung 34

§ 5 Die Einleitung des Ausschließungsverfahrens 35

I. Ausschließung durch Gesellschafterversammlungsbeschluß oder Urteil? 35

1. Die Interessen des auszuschließenden Gesellschafters 36
2. Die Interessen der Gesellschaftsgläubiger 37
3. Die Interessen der verbleibenden Gesellschafter und der Gesellschaft 37
4. Interessenabwägung und Ergebnis 39

II. Der wichtige Grund 39

1. Generelle Voraussetzungen 40
   a) Die Ausschließung als letztes Mittel 40
   b) Die Gesamtstruktur der GmbH 41
2. Gründe im einzelnen 41
   a) Treupflichtverletzungen und die Rolle des Verschuldens 42
   b) Außerkraftsetzung eines wichtigen Grundes 43
      aa) Beim klageinleitenden Gesellschafterbeschluß 43
      bb) Im Laufe des Klageverfahrens 44
3. Ausschließungsgründe in der Person der übrigen Gesellschafter 45
4. Schlußbemerkung 45

III. Modalitäten und Wirkungen des Gesellschafterbeschlusses 46

1. Mehrheit, Stimmberechtigung und rechtliches Gehör 46
   a) Mehrheit und Stimmberechtigung 46
   b) Rechtliches Gehör 49
2. Klageberechtigung 49
3. Wirkung des Gesellschafterbeschlusses auf die Rechtsstellung des Auszuschliessenden. 50
4. Regelung des Zeitraumes zwischen Gesellschafterbeschluß und rechtskräftigem Urteil: Möglichkeit einer einstweiligen Verfügung 51

§ 6 Der materiellrechtliche Vorgang der Ausschließung: Art, Inhalt und Wirkungen des Ausschließungsurteils 56

I. Bisher vertretene Lösungen 56

1. Die Lösung des BGH 56
a) Darstellung 56
aa) Das bedingte Ausschließungsurteil 56
aaa) Inhalt des Urteils 56
bbb) Urteilswirkungen 57
ccc) Verwertungsmöglichkeiten 58
bb) Das unbedingte Ausschließungsurteil 59
b) Kritik 62
aa) Prozeßrechtliche Bedenken 62
bb) Materiellrechtliche Schwierigkeiten 64
cc) Interessengerechte Lösung? 66
dd) Sonstige Nachteile der Lösung des BGH 67

2. Huecks Vorschlag 70
a) Darstellung 70
b) Kritik 70

3. Wolffs Vorschlag 72
a) Darstellung 72
b) Kritik 73

II. Gemeinsame Mängel 76

1. Kein billiger Interessenausgleich 76
2. Dogmatische Schwierigkeiten 76
3. Mangelnde Grundlage im Gesetz 77

§ 7 Lösungsvorschlag des Verfassers 78

I. Ein ähnliches Problem im WEG 78

1. Die Entziehung des Wohnungseigentums nach den §§ 18, 19 WEG -allgemeines- 78

2. Einzelheiten des Verfahrens 79

a) Der Beschluß gem. § 18 III WEG 79

b) Die Entziehungsklage 80

c) Inhalt, Rechtsnatur und Wirkung des Urteils 81

d) Die Vollstreckung des Urteils 81

e) Nachteile des Verfahrens 82

II. Die Möglichkeit analoger Anwendung des Instituts der Entziehung im WEG auf die Ausschließung eines GmbH-Gesellschafters 83

1. Die Entziehung - eine spezifische Lösung des WEG oder Verwurzelung in einem allgemeinen Rechtsgedanken? 83

2. Vergleichbarkeit der Problematik der Ausschließung im WEG und GmbHG 84

a) Gründe für die Ausschließung 84

b) Interessenlage 85

3. Welche Gedanken der §§ 18, 19 WEG sind für die Ausschließung aus der GmbH verwertbar? 86

III. Die Durchführung der Ausschließung des GmbH-Gesellschafters analog den §§ 18, 19 WEG 91

1. Die Klage auf Veräußerung 91

2. Das Urteil und seine Wirkung 92

3. Die Vollstreckung des Urteils: freiwillige Versteigerung 93

a) Normalfall 94

b) Erwerb des Geschäftsanteils durch die Gesellschaft 95

c) Freiwillige Veräußerung nach Rechtskraft des Urteils und während des Vollstreckungsverfahrens 96

d) Kein Abnehmer für den Geschäftsanteil 97

4. Notwendige Ergänzungen der Lösung analog §§ 18, 19 i.V. 53 ff. MEG 98
a) Auflösungsmöglichkeit 99
b) Wertfestsetzung durch Notar und Mindestgebot 100
c) Möglichkeit zum Schutz gegen eine Vereitelung der Ausschließung 105

IV. Vergleich mit anderen Lösungen 107

1. mit der Lösung des BGH 107
2. mit anderen ähnlichen Lösungen 109

TEIL C: Sonderfragen und Reformvorschlag 111

§ 8 Sonderfragen bei der normalen GmbH 111

I. Ausschluß der Veräußerlichkeit eines GmbH-Geschäftsanteils bzw. der Ausschließung eines GmbH-Gesellschafters durch die Satzung 111

II. Feststellung von Ausschließungsgründen in der Person des Erwerbers nach teilweiser Veräußerung des Geschäftsanteils 113

III. GmbH in Liquidation oder Konkurs 114

1. GmbH im Konkurs 114
2. GmbH in Liquidation 115

§ 9 Sonderfragen bei der Zweimann-GmbH 116

I. Klagebefugnis des einzelnen Gesellschafters? 116

II. Besonderheiten im Hinblick auf die Feststellung der Ausschließungsvoraussetzungen (wichtiger Grund) 120

§ 10 Reform de lege ferenda 122

I. Notwendigkeit einer Reform 122

1. Bisherige Vorschläge 122
2. Eigener Standpunkt 123

II. Formulierung der Rechtssätze über die Ausschließung de lege ferenda 124

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

Andörfer, Adolf	Ausschließung und Beschränkung des Kündigungsrechtes bei Personengesellschaften, Kölner Diss., 1967
Bärmann, Johannes	Wohnungseigentumsgesetz, Kommentar, 1958
ders.	Zur Dogmatik des gemeinen Raumeigentums, AcP 1955 S.1 (Zitiert: Zur Dogmatik)
Ballerstedt	Kapital, Gewinn und Ausschüttung, 1949
Baumbach-Hueck	GmbHG, Kommentar, 11. Aufl. 1964
ders.	AktienG, Kommentar, 12. Aufl. 1965
Beitzke, Günther	Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen, 1948
Bergenroth	Ausschluß eines Gesellschafters aus der GmbH, MDR 1951 S.721
Börner, Bodo	Das Wohnungseigentum und der Sachbegriff des bürgerlichen Rechtes in Vom deutschen zum europäischen Recht, Fschr. für Hans Dölle 1963
Brodmann, Erich	GmbHG, Kommentar, 1924
Buchwald	Anm. zu BGH, Urteil vom 1.4.1953, BB 1953, S.457
ders.	Der eigene Anteil der GmbH, GmbH-Rdsch.1958, S.169
ders.	Die Einziehung eines Geschäftsanteils, GmbH-Rdsch. 1959, S.68
ders.	Zum Wesen des GmbH-Geschäftsanteils, GmbH-Rdsch. 1962, S.25
Canaris, Claus-Wilhelm	Die Feststellung von Lücken im Gesetz, in der Reihe "Schriften zur Rechtstheorie" Heft 3, 1964
Däubler, Wolfgang	Die Vererbung des Geschäftsanteils bei der GmbH, Tübinger Diss., 1965

ter, Hans	Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht, 1952
.	Die Rechtsprechung zum WEG, 1967
ccerus-Nipperdey	Allgemeiner Teil des BGB, 1. Halbband, 15. Bearb. 1959
urf (EI)	eines Gesetzes betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung nebst Begründung und Anlagen, amtliche Ausgabe, Berlin 1891
e, Hans Erich	Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, in Ehrenberg, Handbuch für das gesamte Handelsrecht, 3. Bd. Abt. 3, 1929
x, Günther ach, Bert	Übersicht über Dissertationen zum Recht der GmbH, GmbH-Rdsch. 1960, S.41 (zu § 34: S.42 Ziff.9)
tner, Dieter	Kaduzierung, Einziehung und Ausschließung bei der GmbH (Voraussetzungen und Wirkungen), BB 1966, S.146
.	Austritt und Kündigung bei der GmbH, BB 1967, S.17
her, Curt	Die GmbH. Eine gesellschaftsrechtliche und wirtschaftshistorische Studie, 1948
her, Robert	Das Recht der oHG als ergänzende Rechtsquelle zum GmbHG, GmbH-Rdsch. 1953, S.131
.	Die Fortsetzung einer GmbH, GmbH-Rdsch. 1955, S.165
.	Fragen aus dem Recht der GmbH, JZ 1956,S.362
.	Die personalistische GmbH als rechtspolitisches Problem, Fschr. für Walter Schmidt, 1959
.	Die Verpfändung und Verwertung eines GmbH-Geschäftsanteils, GmbH-Rdsch. 1961, S.21
her, Rudolf	Die Aktiengesellschaft, in Ehrenberg, Handbuch für das gesamte Handelsrecht, 3. Bd. Abt.1, 1916

Freund, Hans Egon	Das Recht der Ausschließung von Gesellschaftern aus wichtigem Grunde in den Gesetzen betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung in den europäischen Staaten, Kölner Dissertation, 1962
Friese, Hans	Bemerkungen zum WEG, NJW 1951, S.510
Ganßmüller, Helmut	Gesellschafterausschließung und Wiederaufnahmeverfahren, GmbH-Rdsch. 1956, S.129 und S.145
ders.	Ausschließung eines Gesellschafters aus einer GmbH (Stellungnahme), GmbH-Rdsch. 1963, S.65
Gessler	Probleme der GmbH-Rechtsreform, GmbH-Rdsch. 1966, S.102
v. Gierke, Julius	Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, 8. Aufl. 1958
Gonnella, Robert	Verwertungsmöglichkeiten eines Geschäftsanteils bei zwangsweisem Ausschluß eines GmbH-Gesellschafters aus wichtigem Grund und ihre rechtlichen Auswirkungen, Freiburger Dissertation 1965
ders.	Die zukünftige Regelung des Gesellschafterausschlusses in der GmbH, GmbH-Rdsch. 1967, S.89
Grussendorf	Nochmals: Die Ausschließung eines Gesellschafters aus der GmbH, JR 1953, S.133
Hachenburg, Max	Kommentar zum GmbHG, 6.Aufl. bearb. von Schilling und Schmidt 1. Bd. 1956 und 5.Aufl. 1926
Hallstein, Walter	Die GmbH in den Auslandsrechten, verglichen mit dem deutschen Recht, Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, 12. Jhg. 1938/39
Hartmann, Bernhard	Der Ausschluß eines GmbH-Gesellschafters (Systematische Zusammenstellung der Rechtsprechung und Literatur), GmbH-Rdsch.1962,S.5

Hartmann, Bernhard	Der lästige Gesellschafter in der Wirtschaftspraxis, 2.Aufl. 1962
Haupt, Günter	Gesellschaftsrecht, 4. neubearb. Aufl. von Reinhardt 1952
Hubernagel, Gerhard	WEG, Kommentar, 2.Aufl. 1955
Hueck, Alfred	Ausschluß eines Gesellschafters aus einer GmbH, Betr. 1951, S.108
ders.	Anm. zu LG Frankfurt - Main, Urteil vom 3.4.1951, NJW 1951, S.719
ders.	Ausschluß eines Gesellschafters aus einer GmbH, Betr. 1953, S.776
ders.	Gesellschaftsrecht, 12. Aufl. 1965
Kirchner, Dieter	Klagebefugnis des GmbH-Gesellschafters, GmbH-Rdsch. 1961, S.160
Kuhn, Ottmar	Strohmanngründung bei Kapitalgesellschaften, Tübinger rechtswissenschaftliche Abhandlungen Bd.10, 1964
Kühn, Manfred	Die Minderheitsrechte in der GmbH und ihrer Reform, 1964
Küster, Werner	Die Ausschließung eines Gesellschafters aus der GmbH, JR 1952, S.455
Landgrebe	Der Rechtsgedanke der actio pro socio im Recht der GmbH, Bonner Dissertation, 1966
Lang, Hanns	Die Wohnungseigentümergemeinschaft als zweckgebundene Rechtsgemeinschaft, Tübinger Dissertation (masch.schr.), 1958
Larenz, Karl	Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1960
ders.	Richterliche Rechtsfortbildung als methodisches Problem, NJW 1965, S.1
Lehmann, Heinrich	Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 1959
Limbach, Jutta	Theorie und Wirklichkeit der GmbH, Berliner Dissertation, 1966

Mangold Ernst und Wolfgang	Ausschließung eines Gesellschafters aus der GmbH, BB 1953, S.398
Mangold, Ernst	Ausschließung eines GmbH-Gesellschafters, NJW 1954, S.1144
Masur, Oskar	Zum Ausschluß eines Gesellschafters einer GmbH aus wichtigem Grund, NJW 1949, S.407
Mezger, Hans-Michael	Ausschließung eines Gesellschafters aus einer GmbH, Hamburger Dissertation (masch. schr.), 1960
ders. und Ganzmüller Helmut	Ausschließung eines Gesellschafters aus einer GmbH, GmbH-Rdsch. 1963, S.64
ders.	Nochmals: Ausschließung eines Gesellschafters aus der GmbH, GmbH-Rdsch. 1963, S.64
Mordhorst, Günter	Entschädigungslose Ausschließung eines GmbH-Gesellschafters, NJW 1955, S.1542
Obermüller, Karlheinz	Zur Einziehung von Geschäftsanteilen der GmbH, Betr. 1961, S.598
Palandt	BGB, Kommentar, 26.Aufl. 1967
Pleyer	Anm. zu BGHZ 32, 17, GmbH-Rdsch.1960, S.86
ders.	Einziehung von GmbH-Anteilen durch Satzungsbestimmungen, GmbH-Rdsch. 1960, S.124
RGR-Kommentar zum Handelsgesetzbuch,	früher herausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts, 2.Aufl. bearbeitet von Hans Würdinger u.a.1952 ff.
Rosenberg, Leo	Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 9.Aufl. 1961
Schilling, Wolfgang	Wandlungen des modernen Gesellschaftsrechts, JZ 1953, S.489
ders.	Anm. zu BGH Urteil vom 12.6.54, JZ 1955,S.49
ders.	Anm. zu BGH Urteil vom 17.2.55, JZ 1955,S.331

Schinas, Georg	Der griechische Entwurf betr. die GmbH unter Berücksichtigung des deutschen, österreichischen und französischen GmbHG sowie der Regelung der GmbH im schweizerischen Obligationenrecht und im italienischen Codice civile, Bonner Dissertation 1954
Schlegelberger	Komm. zum HGB, 2.Bd. 4.Aufl. 1963
Schneider	Anm. zu BGH Urteil vom 1.4.1953, GmbH-Rdsch. 1953, S.74
Scholz, Franz	Ausschließung und Austritt aus der GmbH, 1. Aufl. 1942 (zitiert: Mon.)
ders.	Anm. zu BGH Urteil vom 1.4.1953, GmbH-Rdsch. 1953, S.75
ders.	Die Rechte eines Minderheitsgesellschafters in der GmbH, GmbH-Rdsch. 1955, S.36
ders.	Kommentar zum GmbHG, 4.Aufl. 1960
ders.	Kommentar zum GmbHG, Nachtr. 1964 zur 4./5. Auflage, 1964
Schön, Kurt	Die Ausschließung eines Gesellschafters einer GmbH aus wichtigem Grunde, Bonner Dissertation (masch.schr.), 1958
Schönke-Baur	Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, 7.Aufl. 1963
Schuler, Hans	Einziehung gepfändeter GmbH-Anteile, NJW 1961, S.2281
Seifert, Ansgar	Die Rechtsnatur des Wohnungseigentums, Tübinger Dissertation (masch.schr.), 1954
Seydel, Helmut	Ausschließung eines GmbH-Gesellschafters, GmbH-Rdsch. 1953, S.149
ders.	Erwerb eigener Geschäftsanteile durch die GmbH, Betr. 1954, S.1093
Simon, Jürgen	Einziehung eines gepfändeten Geschäftsanteils nur gegen Entgelt?, GmbH-Rdsch. 1961, S.137

Soergel-Siebert	Kommentar zum BGB, 2.Bd. §§ 433 - 853, 9.Aufl. 1962
Staudinger	Kommentar zum BGB, 1.Bd. Allgem. Teil, bearb. von Coing und Brändl, 11.Aufl. 1957
Stein, Friedrich	Bedingte Prozeßhandlungen, DJZ 1913, S.35
Stein-Jonas-Schönke-Pohle	Kommentar zur ZPO, 1. Bd., 1953
Sudhoff, Heinrich	Der Gesellschaftsvertrag der GmbH, Kommentar und Formularbuch, 1964
Vogel, Hermann	Anm. zu BGH Urteil vom 1.4.1953, BB 1953, S.460
ders.	GmbHG, Kommentar 2.Aufl. 1956
Weitnauer, Hermann	Das WEG, JZ 1951, S.161
Weitnauer-Wirths	WEG, Kommentar, 2.Aufl. 1955
Wieczorek, Bernhard	ZPO und Nebengesetze, 2.Bd., 1957
Wieland, Karl	Handelsrecht, in systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft, 3.Abt. 1. Teil, 2.Aufl. 1931
Wilke - Berg - Gottschling - Kunkel - Köhler	Handbuch der GmbH, 2.Aufl. 1961
Winkler, Karl	Die Lückenausfüllung des GmbHG durch das Recht der Personengesellschaften, MÜnchner Dissertation, 1966
Wolff, Anna-Elisabeth	Das Ausscheiden eines GmbH-Gesellschafters aus wichtigem Grund, Hamburger Dissertation (masch.schr.), 1962
Wolff - Raiser	Lehrbuch des Sachenrechts, 10.Bearbeitung 1957
Würdinger, Hans	Gesellschaften, 2. Teil: Recht der Kapital-Gesellschaften, 1943
Zwanzik	Das Wohnungseigentum als eine Form des Mit-eigentums, Würzburger Dissertation (masch.schr.), 1952
[illegible], Wolfgang	Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimm-rechtsmacht bei den privatrechtlichen Per-sonenvereinigungen, 1963

A B K Ü R Z U N G E N

Die in der Arbeit verwendeten Abkürzungen sind entnommen aus dem "Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache" (auf der Grundlage der für den BGH geltenden Abkürzungsregeln), von Hildebert Kirchner, 1957.

Außerdem wurden noch folgende Abkürzungen verwendet:

ders.	derselbe Autor
Diss.	Dissertation
Fn.	Fußnote
Fschr.	Festschrift
masch.schr.	maschinenschriftlich
Mon.	Monographie
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen

§ 1 EINFÜHRUNG UND PROBLEMSTELLUNG

"Es ist immerhin bemerkenswert, daß 60 Jahre Rechtsprechung zum GmbHG nicht vermocht haben, diese Frage (zu ergänzen: die Ausschließung des GmbH-Gesellschafters) auch nur einigermaßen befriedigend zu lösen, obwohl die GmbH - abgesehen von ihren speziellen Vorschriften - allgemein als bürgerlich-rechtlicher Verein angesehen wird, dessen Vorschriften subsidiär Verwendung finden." [1] Diese Äußerung wurde im Jahre 1951 gemacht. Am 1.4.1953 fällte der BGH [2] zu dem hier zu behandelnden Problem eine Grundsatzentscheidung, die in mancherlei Hinsicht, insbesondere insoweit dadurch die Art des Ausschließungsurteils betroffen ist, neue Wege ging. Trotzdem hat der oben wiedergegebene Satz keineswegs seine Gültigkeit verloren, denn es kann wohl kaum behauptet werden, daß die Lösung des BGH der Weisheit letzten Schluß darstellt.[3] Ebensowenig ist in der einschlägigen juristischen Literatur - wie im folgenden zu zeigen sein wird - ein vollständig befriedigender Vorschlag zur Frage der Ausschließung eines GmbH-Gesellschafters aus wichtigem Grund gemacht worden. Es erscheint daher durchaus sinnvoll, sich erneut um dieses Problem zu bemühen.

I. Rechtslage und Streitstand betr. das Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer GmbH aus wichtigem Grund

1. Das GmbHG

a) gesetzlich geregelte Form des Ausscheidens

Im GmbHG selbst ist eine ganze Reihe verschiedener

---

1) Bergenroth S.721.
2) BGHZ 9, 157.
3) Vgl. zur Kritik des Urteils des BGH vom 1.4.53 unten insbesondere § 6 I 1 b.

Ausscheidensmöglichkeiten enthalten:

So führt zunächst die Übertragung des Geschäftsanteils (§15 GmbHG) zum Ausscheiden des Gesellschafters aus der GmbH.

Daneben kennt das GmbHG - ebenso wie das Aktienrecht[4] den Verfall eines Geschäftsanteils zugunsten der Gesellschaft (Kaduzierung, § 21 GmbHG) [5]. Diese Ausscheidensmöglichkeit hat eine ganz spezielle Voraussetzung, nämlich die verzögerte Einzahlung auf die Stammeinlage.

Gemäß § 27 GmbHG hat ein Gesellschafter ein Preisgaberecht (Abandon), das ihm dann zusteht, wenn für ihn eine unbeschränkte Nachschußpflicht besteht, die der GmbH in der Regel fremd ist.

Ferner kann in der Satzung der GmbH die Möglichkeit der Einziehung (Amortisation) eines Geschäftsanteils vorgesehen werden (§ 34 GmbHG). Die Folge der Einziehung ist der Untergang des Geschäftsanteils [6].

In den §§ 60 und 61 sieht das GmbHG die Möglichkeit der Auflösung der GmbH vor. Wird sie durchgeführt, so führt das zur Liquidation der gesamten Gesellschaft. Daher kann man in diesem Fall im eigentlichen Sinne von einer Ausscheidensmöglichkeit nicht sprechen.

b) Ausscheiden aus wichtigem Grund

Allen oben angeführten Möglichkeiten des Ausscheidens eines Gesellschafters aus einer GmbH ist gemeinsam, daß sie jeweils das Vorhandensein eines ganz speziellen Grundes zur Voraussetzung haben, der entweder im Gesetz (§§ 21, 27 GmbHG) oder in der Satzung (z.B. § 34 GmbHG) näher bezeichnet ist. Es fehlt dem GmbHG also eine Vorschrift,

---

4) Vgl. §§ 64f AktG.
5) Vgl. näher hierzu Fichtner S. 146f.
6) Ders. S.147f.

die - etwa wie die §§ 140, 131 HGB - die Möglichkeit zur Ausschließung eines Gesellschafters generell wegen eines in seiner Person liegenden wichtigen Grundes schafft oder dem einzelnen Gesellschafter die Gelegenheit gibt, sein Mitgliedschaftsrecht aus wichtigem Grund zu kündigen und damit aus der GmbH auszutreten[7].

Aus dieser Gesetzeslage könnte man - und das wurde auch getan [8] - den Schluß ziehen, das Recht gewähre eine solche Ausschließungsmöglichkeit im Bereich der GmbH nicht, da der Gesetzgeber, der ja offensichtlich die Notwendigkeit der Möglichkeit des Ausscheidens einzelner Gesellschafter aus einer GmbH erkannt hatte, diese Frage im Gesetz abschließend geregelt habe. Ein kurzer Blick auf die tatsächliche Entwicklung, die die GmbH seit ihrer Schaffung ausgangs des letzten Jahrhunderts genommen hat, belehrt eines besseren und führt die Notwendigkeit einer Fortentwicklung des Gesetzesrechts in dieser Frage klar vor Augen.

2. Kurzer Überblick über die bisherige Behandlung der Frage

a) in der Rechtssprechung

Das RG befaßte sich mit der Frage des Ausscheidens eines GmbH-Gesellschafters zunächst im Rahmen der Kartell-GmbH [9] und der GmbH mit besonderen Sachleistungspflichten [10] und ließ in diesen Fällen den Austritt eines Gesellschafters zu. Nachdem

---

7) Auf die Frage des Austritts wird im einzelnen nicht eingegangen werden. Die folgenden Ausführungen gehen bei der Erörterung des Ausscheidensproblems aus wichtigem Grund von der Ausschließung aus.

8) Hachenburg-Schilling, Allgemeine Einleitung Anm. 53 und Anhang I zu § 3 Anm. 2-4.

9) RGZ 114, 212 und 125, 114.

10) RGZ 128,1.

das RG im Urteil vom 27.6.1940 [11] für die Frage der Ausschließungsmöglichkeit nur eine zögernde Zwischenlösung gefunden hatte, entschied es sich dann im Urteil vom 13. August 1942 [12] für die rechtliche Möglichkeit und Notwendigkeit der Ausschließung eines einzelnen Gesellschafters aus der GmbH [13].

Der BGH fällte im Urteil vom 1.4.1953 [14] die Grundsatzentscheidung zu dieser Frage und setzte, insoweit er die Zulässigkeit der Ausschließung eines GmbH-Gesellschafters aus wichtigem Grund bejahte, die Rechtsprechung des RG fort, wenn er das Ausschließungsverfahren auch grundlegend modifizierte [15].

b) im Schrifttum

Das Verdienst, als erster in einer umfassenden Abhandlung [16] die These von der Notwendigkeit der Ausschließbarkeit eines GmbH-Gesellschafters aus wichtigem Grund untersucht und verteidigt zu haben, kommt Scholz zu. Seine Monographie war in der Folgezeit auch für die Rechtsprechung wegweisend.

Seit der Grundsatzentscheidung des BGH aus dem Jahre 1953 sind gegen die Möglichkeit der Ausschließung aus wichtigem Grund keine Einwände mehr erhoben worden. Die Diskussion im Rahmen dieser Frage dreht sich im wesentlichen lediglich um das "Wie?" der Ausschließung und hierbei wendet sich die hM im Schrifttum gegen die vom BGH vorgeschlagene Lösung [17].

---

11) RGZ 164,257: Auch wenn die Ausschließung im Gesellschaftsvertrag nicht zugelassen sei, so habe die Gesellschaft unter der Voraussetzung des Vorliegens entsprechender Gründe in der Person eines Gesellschafters jedenfalls das Recht, die dem eigentlich auszuschließenden Gesellschafter zustehenden Mitverwaltungsrechte zu entziehen und auf einen Treuhänder zu übertragen. Diese Maßnahme sei aus dem Wesen der Gesellschaft und der Treupflicht der Gesellschafter abzuleiten.

12) RGZ 169, 330.

13) Vgl. ferner RG in DR 1943, 812.

14) BGHZ 9, 157.

15) In späteren Entscheidungen bestätigte der BGH diese Rechtssprechung: vgl. BGHZ 16, 317; 32, 17 und 35, 272.

Fußnote 16-17 siehe folgende Seite(S.5)

II. Die praktische Bedeutung des Problems

1. Die allgemeine Entwicklung der GmbH in der Rechtswirklichkeit

Der Gesetzgeber hat die GmbH als eine rein körperschaftliche Organisation geschaffen, indem er mit dem GmbH-Gesetz ein gesetzliches Normalstatut zur Verfügung stellte, das die GmbH als Kapitalgesellschaft ausgestaltet. Der Gesetzgeber gewährte aber gleichzeitig die Möglichkeit zur Annäherung der GmbH an eine Personalgesellschaft indem er entsprechende Satzungsbedingungen zuließ. Schon von ihrer gesetzgeberischen Konzeption her nimmt also die GmbH eine "Mittelstellung zwischen den streng individualistischen Gesellschaftsformen des geltenden Rechts und der als äußersten Konsequenz des kapitalistischen Prinzips sich darstellenden Aktiengesellschaft" [18] ein.

Tatsächlich haben sich dann in Wirklichkeit auch zwei Arten von Gesellschaften mit beschränkter Haftung herausgebildet, wobei allerdings die "personalistische" GmbH im gesamten den Vorzug genoß und weiterhin genießt. Insbesondere nach 1945 fand eine verstärkte Zuwendung zur personalistischen GmbH statt [19]. Im Vergleich mit der oHG bot die GmbH zunächst einmal steuerliche Vorteile [20]; außerdem waren die sich bietenden Haftungsbeschränkungen den unsicheren Verhältnissen angemessener. Auch heute noch wird die GmbH wegen ihres niedrigen Mindestkapitals und der gerade erwähnten Möglichkeit umfassender Haftungsbeschränkung häufig der oHG vorgezogen.

16) Kon. (Ausschließung und Austritt aus der GmbH) 1.Aufl. 1942
17) Vgl. die Zusammenstellung des neueren Schrifttums bei Gonnella, Diss.S.3 fn 3 und Rob. Fischer, Fschr. S.126.
Betr. Dissertationen, insbesondere vor BGHZ 9, 157, s. Felix und Rombach ".42 Ziff.9.
18) So im E I S.35.
19) Vgl. dazu insbesondere Rob. Fischer, Fschr. S.118 f.
20) Das Einkommen der GmbH unterlag lediglich

Viele dieser personalistischen Gesellschaften mit beschränkter Haftung haben sich nach dem 2. Weltkrieg sehr schnell vom Kleinbetrieb zum Mittel- und Großbetrieb entwickelt [21]. Hierbei stellte sich ebenso häufig heraus, daß viele Gesellschafter, die bei einer der Personengesellschaft angenäherten GmbH ja meist gleichzeitig Geschäftsführer sind, den neuen Anforderungen unternehmerisch, fachlich und ihrer Mentalität nach nicht mehr gewachsen sind. Um schwere Führungsmängel zu verhindern, bleibt oft als einziger Ausweg die Trennung, die allerdings wohl in den seltensten Fällen auf freiwilliger Basis zu vollziehen sein wird. Wenn man davon ausgeht, daß eine Auflösung nach Möglichkeit zu vermeiden ist[22], dann gewinnt die Möglichkeit der Ausschließung eines einzelnen Gesellschafters aus einer GmbH ihre aktuelle Bedeutung.

2. Statistischer Ausblick

In einer neueren Untersuchung sind die Gesellschaftsverträge von 486 in Berlin ansässigen Gesellschaften mit beschränkter Haftung auch auf die Folge der jeweiligen Ausscheidensmöglichkeiten hin durchgesehen worden[23]. In Bezug auf die Möglichkeit der Ausschließung eines Gesellschafters aus der Gesellschaft hat sich hierbei folgendes ergeben:

---

einem festen Körperschaftssteuersatz und nicht der progressiv ansteigenden Einkommenssteuer. Dieser Vorteil besteht heute nicht mehr in diesem Ausmaß.

21) Hartmann, GmbH-Rdsch. S.5 f.

22) wegen des dadurch entstehenden volkswirtschaftlichen Schadens, da ja nicht nur die Gesellschaft als solche liquidiert wird, sondern das von ihr betriebene Unternehmen, wobei u.U. eine große Anzahl von Arbeitsplätzen verloren geht. Vgl. hierzu insbesondere Rob. Fischer, GmbH-Rdsch. 1955 S. 166.

23) Limbach S. 74 - 79.

Obwohl sich unter den untersuchten Gesellschaften 370 Gesellschaften mit personenbezogenem Aufbau[24] befanden, fanden sich lediglich bei 31 der Gesellschaften Satzungsbestimmungen, die den Ausschluß eines Gesellschafters aus wichtigem Grund vorsehen, wobei als Mittel der Ausschließung überwiegend die Einziehung des Geschäftsanteils gewählt wurde [25]. In 110 Satzungen sind Klauseln enthalten, die die Gesellschaft ermächtigen, einen Gesellschafter aus ganz bestimmten Gründen (Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Gesellschafters, Pfändung seines Geschäftsanteiles etc.) aus der Gesellschaft auszuschließen, wobei schon hier zu bemerken ist, daß diese Fälle gleichmäßig auf personen- und kapitalbezogene Gesellschaften verteilt wären, die Ausschlußberechtigung also nicht auf die personenbezogene Gruppe beschränkt war.

Mit der Aufführung dieser Zahlenbeispiele sollte noch einmal bekräftigt werden, daß die hier zu erörternden Fragen nach wie vor Bedeutung haben und daß es wichtig ist, befriedigende Antworten auf sie zu finden.

---

24) Das drückt sich nach Limbach S.26 f u.a. darin aus, daß sich die Gesellschafter verpflichten, die Geschäfte selbst zu führen bzw. sich für bestimmte Geschäfte ihre Zustimmung vorbehalten, daß sie die Verfügungsbefugnis über die Geschäftsanteile durch die Einführung weiterer Voraussetzungen beschränken etc.

25) A.a.O. S.77. Dasselbe gilt für die folgenden Zahlen.

III. Ziel der Arbeit und Gang der Darstellung

Es wird bei den folgenden Erörterungen davon ausgegangen, daß an der Zulässigkeit der Möglichkeit der Ausschließung eines Gesellschafters aus wichtigem Grund kein Zweifel mehr besteht [26]. Diese Frage wird also im folgenden nicht mehr erörtert. Vielmehr soll in einem Teil A erneut die Frage nach einer befriedigenden rechtlichen Grundlage der Ausschließung aus wichtigem Grund gestellt werden, wobei versucht wird, diese Frage nicht isoliert zu betrachten, sondern sie in ein allgemeines System der Lückenausfüllung bei der personalistischen GmbH zu stellen. Eine erneute Untersuchung der Begründung ist auch deswegen notwendig, weil sie für die nähere Durchführung der Ausschließung von Bedeutung ist.

In einem Teil B wird dann die nach wie vor umstrittene Frage des "Wie?" der Ausschließung behandelt werden. Hierbei wird die Ansicht des BGH vorrangig Ausgangspunkt von Analyse und Kritik sein.

---

26) Hueck (Gesellschaftsrecht S.211) behauptet zwar, daß die Frage, ob die Ausschließung nach dem geltenden Recht überhaupt möglich sei, sehr umstritten sei. Diese Ansicht ist jedoch, zumindest für die Zeit nach Ergehen der Grundsatzentscheidung des BGH (1953), abzulehnen. Gegen die Möglichkeit der Ausschließung waren
M a s u r , der eine Analogie zu § 140 HGB als Verstoß gegen den Willen des Gesetzgebers ablehnt;
B u c h w a l d , GmbH-Rdsch.1953 S.457, der die Ausschließung als Neuschöpfung der Rechtssprechung für unzulässig hält, da ihre Begründung mit einer wirtschaftlichen Notwendigkeit nicht genüge;
H a c h e n b u r g , Komm. Anhang 1 zu § 3 anm.4, der die Ausschließung auf die personalistische GmbH beschränkt wissen wollte und sie als Ausfluß des zivilrechtlichen Schuldverhältnisses innerhalb der GmbH verstand;
(Fortsetzung der Fn. auf der folgenden Seite)

Den Abschluß und Schwerpunkt dieses Teils bildet ein eigener Vorschlag zur Lösung dieser Frage im Rahmen des geltenden Rechts.

Nach einem Teil C über Sonderfragen im Bereich des zu behandelnden Themas schließt ein Teil D die Erörterungen mit einer kurzen Betrachtung von Reformvorschlägen zu den anstehenden Fragen de lege ferenda ab.

Schilling hat seine ablehnende Haltung in JZ 1955 S.491 ausdrücklich aufgegeben.

T E I L A : Die rechtliche Grundlage für die Möglichkeit der Ausschliessung aus wichtigem Grund

§ 2 BISHERIGE BEGRÜNDUNGSVERSUCHE FÜR DIE ZULÄSSIGKEIT DER AUSSCHLIESSUNG

Der BGH [1] zieht zur Begründung für die Ausschließbarkeit eines GmbH-Gesellschafters aus wichtigem Grund den "sowohl das bürgerliche wie das Handelsrecht beherrschenden Grundsatz" heran, "daß ein in die Lebensbetätigung der Beteiligten stark eingreifendes Rechtsverhältnis vorzeitig gelöst werden kann, wenn ein wichtiger Grund vorliegt" [2]. Dieser allgemeine Rechtsgedanke habe u.a. seinen Ausdruck gefunden in den §§ 737 BGB, 133, 140, 161 HGB, 124a, 133b GewO, 117, 127 HGB, 75_{III} Akt.G.[3]. Ferner argumentiert der BGH mit der Treuepflicht, die zumindest für die Gesellschafter einer personenbezogenen GmbH bestehe, die über § 242 BGB hinausgehe und deren Bestehen die Ausschließungsmöglichkeit erfordere [4].

---

1) BGHZ 9, 161

2) A.a.O.

3) Ebenso Freund S.8, der diesen Grundsatz als unumgängliches Prinzip des modernen Rechts bezeichnet. - Ähnlich Haupt-Reinhardt S.162, wo das Ausschließungsrecht aus allgemeinen Grundsätzen des Verbandsrechts (insbesondere aus dem Vereinsrecht) hergeleitet wird, wo dieses Recht schon längst anerkannt sei. Gegen die letzte Behauptung ist einzuwenden, daß gerade im Vereinsrecht für die Frage der Ausschließung auf das GmbH-Recht verwiesen wird (vgl. z.B. Schultze von Lasaulx in Soergel-Siebert § 39 Anm. 8, Lehmann § 33 III 2b).

4) Ebenso Freund, S.9, der vom Bestehen der Treuepflicht des Aktionärs - vom RG anerkannt, vgl. RGZ 146, 385 - auf das Bestehen der Treuepflicht des GmbH-Gesellschafters schließt, wobei er m.E. den Fehler begeht, daß er nicht differenziert zwischen der allgemeinen Treuepflicht des § 242 BGB und einer darüber hinausgehenden besonderen Treuepflicht im Gesellschaftsrecht.

Grundsätzlich ist der Argumentation des BHG zuzustimmen, wie das Ergebnis der folgenden Ausführungen zeigen wird [5]. Trotzdem erscheint es dem Verf. als notwendig, in einigen wesentlichen Punkten seine Kritik anbringen zu müssen:

Indem der BGH für die Ausschließbarkeit eines GmbH-Gesellschafters das Erfordernis aufstellt, daß ein "in die Lebensbetätigung stark eingreifendes Rechtsverhältnis" vorliegen müsse, beschränkt er die Möglichkeit der Ausschließung von vorneherein auf die personalistische GmbH [6]. Daß man in dieser Hinsicht aber stärker differenzieren muß, wird unten zu zeigen sein [7].

Nachdem sich der BGH zur Begründung der Möglichkeit der Ausschließung aus einer GmbH für das Mittel der Rechtsanalogie und gegen eine Gesetzesanalogie entschieden hat, erscheint es als inkosequent, wenn er im Rahmen der Erörterung der Durchführung der Ausschließung auf eine gesetzesanaloge [8] [9] Anwendung des § 140 HGB zurückgreift.

Abschließend ist zu bemerken, daß der Begründungsversuch des BGH überzeugender wäre, wenn der BGH versucht hätte, das Problem der Ausschließung eines GmbH-Gesellschafters in den größeren Rahmen einer allgemeinen Lückenausfüllung im GmbH-Recht zu stellen [9a].

---

5) vgl. unten § 4 IV.

6) vgl. Kühn S.35 f.

7) unter § 4 III. 1.

8) so z.B. bei seiner Entscheidung zugunsten der Klage als Mittel der Ausschließung.

9) vgl. Hueck, Betr. 1953 S.776.

9a) vgl. zu demselben Gedanken unten IV.

II. RG und Scholz: STILLSCHWEIGENDER VERTRAGSINHALT

Scholz[10] war als erster[11] der Ansicht, daß die gegenseitige Verpflichtung der Mitglieder einer GmbH zur Wahrung von Treu und Glauben erfordere, das Wohl der Gesellschaft nicht zu gefährden, und daß ein Verstoß dagegen daher zum Ausscheiden und zur Duldung der Einziehung des Geschäftsanteils seitens des betreffenden Gesellschafters verpflichte. Diese Treupflicht sei automatisch ein - wenn auch ungeschriebener - Teil jeder Satzung. Dieser Ansicht vom Bestehen einer stillschweigenden Gesellschaftsvereinbarung in Bezug auf die Ausschließbarkeit eines Gesellschafters aus wichtigem Grund folgte dann auch das RG[12].

Es ist offensichtlich, daß die Annahme einer derartigen stillschweigenden Klausel zu weit geht, da sie den betroffenen Gesellschafter vor Rechtsfolgen stellt, die er keineswegs gewollt hat. Ihre Annahme muß als reine Fiktion betrachtet werden[13].

---

10) Mon. 1. Aufl. S. 31 ff.

11) Ähnlich schon Wieland S.335, wenn er sagt, daß, falls zwischen den Teilhabern ein Rechtsverhältnis nach Art der oHG oder KG bestehe, eine Vereinbarung über eine Ausschließungsmöglichkeit den Umständen nach als stillschweigend gewollt angesehen werden müsse.

12) RGZ 169, 334.

13) So Hueck, Betr. 1953 S.776. Ebenso ablehnend: BGHZ 9, 161 und Bergenroth S.722.

III. Hueck [14]: Analoge Anwendung der §§ 737 BGB, 140 HGB

Hueck vertritt die Ansicht, es sei nicht einzusehen, daß im Falle einer GmbH, die weitgehend einer oHG angenähert sei, nicht auch die Vorschriften der Personalgesellschaften, hier die §§ 737 BGB, 140 HGB, angewandt werden sollen [15].

Eine analoge Anwendung der genannten Vorschriften lehnt der BGH [16] ab, weil diese klar auf die BGB-Gesellschaft bzw. oHG zugeschnitten seien.

---

14) NJW 1951 S. 719; Gesellschaftsrecht S. 206; Baumbach-Hueck § 34 Einführung.

15) Ebenso Küster, JR 1952 S. 455.

16) BGHZ 9, 161.

IV. Gemeinsamer Mangel der bisherigen Begründungsversuche

Wie oben schon angedeutet [17], lassen sich über zwei Drittel der bestehenden Gesellschaften mit beschränkter Haftung dem personenbezogenen Typus zuordnen [18], sodaß man den gesetzlichen Normaltypus schon beinahe als Sonderfall bezeichnen muß. Der daraus resultierende Zwang der Rechtssprechung, das Gesetzesrecht in dieser Hinsicht fortzuentwickeln, um die immer wieder auftauchenden, da in der Satzung nicht geregelten Fragen der personalistischen GmbH zu lösen, hat zwar dazu geführt, daß für das konkrete Gesellschaftsverhältnis eine Antwort gefunden wurde [19]; eine zusammenhängende und systematische Argumentation aber läßt sich in diesen Fällen nicht erkennen. Es wird daher im folgenden versucht, die Möglichkeit der Ausschließung eines Gesellschafters aus wichtigem Grund in ein System der Lückenausfüllung bei der GmbH zu stellen [20].

---

17) Vgl. oben § 1 II 2.

18) Limbach S. 87.

19) Z.B. in den Fällen der Gewährung eines Auskunftsrechts für die einzelnen Gesellschafter (BGHZ 14,53), der Möglichkeit der Abberufung eines Gesellschaftergeschäftsführers aus wichtigem Grund (BGH NJW 1960 S. 628) und der Möglichkeit der Ausschließung eines Gesellschafters aus wichtigem Grund (BGHZ 9, 157)

20) Der Versuch, ein allgemeines System für die personenbezogene GmbH zu entwickeln, wurde zuletzt, soweit ersichtlich, von Winkler unternommen.

§ 3 SYSTEM DER LÜCKENAUSFÜLLUNG IM GmbHG

I. Die Rechtsquellen des GmbH-Rechts

1. Das GmbHG als primäre Rechtsquelle

Die primäre Rechtsquelle für die im Zusammenhang einer GmbH - gleichgültig wie auch immer sie im einzelnen ausgestaltet ist - auftauchenden Rechtsfragen ist das GmbHG. Die darin enthaltene gesetzliche Regelform stellt allerdings - wie bereits erwähnt - auf eine kapitalistische Form des Zusammenschlusses ab, d.h. der Gesetzgeber ging davon aus, daß die Person des GmbH-Gesellschafters für das Fortkommen und den Bestand der Gesellschaft von keiner Bedeutung sei, da er nach dem gesetzgeberischen Konzept lediglich der Kapitalgeber sein sollte. Für eine ausdrückliche Regelung der Möglichkeit zur Ausschließung eines einzelnen Gesellschafters bestand daher prima facie in diesem Konzept keine Notwendigkeit.

Dadurch aber, daß das GmbHG gleichzeitig die Möglichkeit schuf, weitgehend von der gesetzlichen Regelform durch abweichende Regelungen im Gesellschaftsvertrag abzugehen, war die Möglichkeit zur Entwicklung von auch mehr persönlich gestalteten Zusammenschlüssen aller Schattierungen unter der Rechtsform der GmbH gegeben. Wenn nun im jeweiligen Gesellschaftsvertrag alle kapitalistisch ausgeprägten Vorschriften des GmbHG ersetzt und ergänzt würden, um das auf eine bestimmte Gesellschaft anzuwendende Recht deren Wesen anzupassen, dann gäbe es keine Probleme. Das ist aber der Idealfall, der in der Praxis nicht

vorkommt mit der Folge, daß das GmbHG auf manche Frage, insbesondere bei der mehr persönlich ausgestalteten GmbH keine Antwort gibt.

Ob vielleicht Lösungen - besonders für die Frage der Ausschließbarkeit eines einzelnen Gesellschafters aus wichtigem Grund - in subsidiär für die GmbH geltenden Vorschriften zu finden sind, soll im folgenden untersucht werden.

2. Subsidiäre Rechtsquellen

a) Das Vereinsrecht

Nach herrschender Meinung [1] sind die §§ 24 ff BGB ergänzend auf die GmbH anzuwenden, soweit das GmbHG keine Sondervorschriften enthält. Das wird damit begründet, daß die GmbH "keine richtige Gesellschaft sei, sondern ein Verein" [2], was u.a. darin zum Ausdruck komme, daß - im Unterschied zur Gesellschaft, - sowohl der Verein wie die GmbH die Einzelpersönlichkeit der Mitglieder überdaure.

Folgt man der Ansicht, daß das Vereinsrecht eine subsidiäre Rechtsquelle für die GmbH darstellt, dann stellt sich im Rahmen der hier vorliegenden Probleme die Frage, ob das Vereinsrecht überhaupt eine Lösung für die Frage der Ausschließbarkeit einzelner Mitglieder trotz fehlender Satzungsbestimmung beinhaltet. Die §§ 24 ff BGB enthalten keine derartige Vorschrift. Jedoch haben Rechtsprechung

---

1) U.a. Hueck in Baumbach-Hueck Einl. 2), Scholz Komm. Anm. 3 zu § 1, Bergenroth MDR 1951 S. 721, RGZ 169, 82, wo RGZ 130,375 gefolgt wird; a.A. Hachenburg Allgem. Einl. Anm. 3, der in der GmbH weder einen Verein noch eine Gesellschaft sieht.

2) So Hueck in Baumbach-Hueck Einl. 2).

und Lehre überwiegend diese Möglichkeit bejaht. Ganz allgemein gesprochen, ist eine Ausschließung beim Verein trotz mangelnder Satzungsbestimmung dann zulässig, wenn andernfalls die Existenz des Vereins bedroht wäre, was für die Ausschlußgründe bedeutet, daß sie dem jeweiligen Wesen des Vereins angepaßt werden [3].

Zur Begründung der Ausschließbarkeit des einzelnen Vereinsmitgliedes aus wichtigem Grund trotz fehlender Satzungsbestimmung beruft man sich einerseits auf eine sachgemäße Auslegung der Satzung [4], andererseits auf die bestehenden Möglichkeiten des Gesellschaftsrechts [5] oder auf die Möglichkeit der Ausschließung bei der GmbH [6]. Das erste Argument wurde oben [7] für die GmbH bereits abgelehnt. Die letzteren zwei Begründungen müssen aus der Überlegung heraus verworfen werden, daß hier ja gerade nach einer stichhaltigen rechtlichen Untermauerung für die Ausschließbarkeit eines GmbH-Gesellschafters gesucht wird und man sich daher nicht auf deren Existenz im GmbH-Recht berufen kann. Man kann also sagen, daß das Vereinsrecht bisher keinen fertig ausgebildeten Rechtssatz im Hinblick auf die Ausschließbarkeit eines einzelnen Vereinsmitgliedes enthält, der alleinige Grundlage einer Analogie im GmbH-Recht sein könnte.

---

3) Bergenroth NDR 1951 S.721, Schultze v. Lasaulx in Soergel-Siebert Anm.8 zu § 39, Staudinger-Coing Anm.7 zu § 35, RGR-Komm. Anm.3 zu § 39, Enneccerus-Nipperdey § 112 IV, Lehmann § 33 III 2 b.

4) So Enneccerus-Nipperdey a.a.O.

5) Lehmann a.a.O.

6) Schultze v. Lasaulx a.a.O.

7) § 2 II, IV.

b) Das Aktienrecht

Es ist unstreitig [8], daß trotz der strukturellen Ähnlichkeit von AG und GmbH eine generelle entsprechende Anwendung des AktG auf die GmbH nicht in Frage kommt. Das schließt aber nicht aus, daß man in Einzelfragen das AktG zur entsprechenden Anwendung im GmbH-Recht heranzieht [8a], wo dies die Besonderheiten der GmbH zulassen.

Das AktG enthält in den §§ 237 - 39 eine Regelung der Zwangseinziehung von Aktien. Diese darf jedoch nicht mit der Ausschließung verwechselt werden, denn sie verfolgt ganz andere Zwecke: Sie wird als ein Fall der Kapitalherabsetzung betrachtet und dient als solche der Beseitigung von Vorzugsrechten, der Verminderung entbehrlich gewordenen oder der Entfernung nicht umlaufenden Grundkapitals [9].

Somit entfällt auch das Aktienrecht als mögliche Rechtsbasis für die Ausschließung eines GmbH-Gesellschafters.

II. Die Notwendigkeit der Rechtsfortbildung und verschiedene Möglichkeiten

Die bisherigen Ausführungen ergeben, daß mit den Mitteln der Rechtsanwendung keine Lösung erreicht werden kann. Daraus resultiert die Notwendigkeit für eine Rechtsfortbildung [10] in dieser Frage,

---

8) Hueck in Baumbach-Hueck Einl. 2).

8a) z.B. bei der Nichtigkeit und Anfechtung von Gesellschafterbeschlüssen, wo die Vorschriften der §§ 241 ff AktG entsprechend auf die GmbH angewandt werden.

9) vgl. Baumbach-Hueck, AktG Einf. zu §§ 192-94 Anm.1 und 2

10) Rechtsfortbildung in weiterem Sinne findet statt durch den Gesetzgeber, den Richter und unmittelbar auch durch die Rechtswissenschaft wegen ihres Einflusses auf Richter und Gesetzgeber. Hier ist an die lückenfüllende und u.U.

deren Zulässigkeit und Zweckmäßigkeit in der hier behandelten Frage allerdings immer wieder bestritten wurde. So wurde u.a. gesagt, daß die eingehende Regelung des Ausscheidens aus einer GmbH (Kaduzierung, Abandon, Veräußerung, Auflösung) im GmbHG eine abschließende Regelung der Ausscheidensmöglichkeiten darstelle und daher eine Rechtsfortbildung von vorneherein ausgeschlossen sei [11]. Es wird ferner die Meinung vertreten, daß die Frage der Ausschließbarkeit eines GmbH-Gesellschafters mit den Mitteln der Rechtsfortbildung nicht sachgerecht und befriedigend gelöst werden könne, sondern hier nur der Gesetzgeber eine sinnvolle Regelung schaffen könne [12].

Diese Einwendungen können aber angesichts der wirtschaftlichen Realität [13] nicht anerkannt werden, insbesondere nicht der Ruf nach dem Gesetzgeber, da dieser in absehbarer Zeit die seit langem geplante GmbH-Reform kaum wird verwirklichen können [14]. Es bleibt also die Notwendigkeit der Rechtsfortbildung, in deren Rahmen zum Teil vorgeschlagen wird, entsprechend dem berühmten Art. 1_{II} des Schweizerischen ZGB [15] sich von gewagten Analogieschlüssen abzuwenden und eine Regelung dieser Frage unmittelbar an der wirtschaftlichen Praxis und deren Bedürfnissen zu orientieren, wie das

---

neue Rechtsinstitute schaffende Funktion des Richters gedacht, der mittelbar von der Wissenschaft beeinflußt wird. Vgl. in diesem Zusammenhang Larenz NJW 1965 S.1 f, der hier von "offener" Rechtsfortbildung sprechen würde. - Die Notwendigkeit der Rechtsfortbildung im vorliegenden Fall stellt auch der BGH klar fest (BGHZ 9, 164).

11) Vgl. Bergenroth a.a.O.

12) So Rob. Fischer Festschr.S.120.

13) Vgl. o. § 1 II.

14) Laut Auskunft des Bundesjustizministeriums vom 16. Mai 1968 kann mit der Verabschiedung eines neuen GmbH-Gesetzes durch das Parlament frühestens in der nächsten Legislaturperiode gerechnet werden. Ein diesbezüglicher Referentenentwurf des Ministeriums soll allerdings schon im Laufe des Jahres 1968 veröffentlicht werden.

15) vom 10.12.1907

der Gesetzgeber ja richtigerweise auch tun würde[16].

Eine Meinung, die sich mehr der herkömmlichen Mittel der Rechtsfortbildung bedient, sucht nach analogietauglichen Normen, die nicht auf einen bestimmten Ausscheidenstatbestand zugeschnitten sind, keinen Strafcharakter haben und ein Entgelt für den Verlust des Geschäftsanteils vorsehen[17]. Die folgenden Ausführungen nähern sich mehr dem letzteren Standpunkt.

III. Anwendung des Rechts der Personengesellschaften?

1. Voraussetzung der Rechtsfortbildung: Vorliegen einer Lücke im Gesetz

Es ist heute unbestritten, daß die Gerichte zur Rechtsfortbildung dann berechtigt sind, wenn die Regelung einer bestimmten Frage "lückenhaft" ist[18]. Was aber ist eine "Lücke" ? Folgt man Larenz [19], dann ist eine Regelung dann "lückenhaft", wenn sie eine Regel vermissen läßt, die nach ihrem eigenen Sinnzusammenhang, nach der Grundabsicht der Regelung oder der dem Gesetz innewohnenden Teleologie erwartet werden muß" [19a].

Davon zu unterscheiden - weil in der Regel nur durch eine Novelle, also einen Akt des Gesetzgebers

16) Mezger Diss.S.27.
17) Wolff S.74.
18) Vgl. statt vieler Larenz, Methodenlehre S.279.
19) NJW 1965 S.2, insoweit die überwiegende Meinung wiedergebend.
19a) Canaris (S.141 ff) benützt einen weiteren Lückenbegriff, indem er auch dann von "Unvollständigkeiten" spricht, wenn nicht nur Sinn und Zweck eines einzelnen Gesetzes, sondern die immanenten ertungsgrundsätze und Prinzipien der Gesamtrechtsordnung eine Lückenausfüllung gebieten. Canaris nennt solche Lücken "Prinzip"- und "Wertlücken" (S.141). Dieser Unterschied wirkt sich aber im Rahmen der nach-folgenden Ausführungen nicht aus.

behebbar - ist der "Fehler" eines Gesetzes, worunter man die Verbesserungsbedürftigkeit eines Gesetzes vom rechtspolitischen Standpunkt aus zu verstehen hat [20]. Handelt es sich bei der Unvollständigkeit eines Gesetzes um einen solchen Fehler, dann kommt eine Rechtsfortbildung im hier zugrundegelegten Sinne [21] nicht in Betracht.

Was ergibt sich nun für die hier interessierenden Fragen des GmbH-Rechts, wendet man die obigen Begriffe an? Man könnte leicht geneigt sein zu sagen, Lücken im GmbH-Recht seien insofern schwer vorstellbar, als der Gesetzgeber die Möglichkeit der Regelung von Fragen aller Art durch die Satzung offen gelassen habe. Ein Blick auf die hier anstehenden Probleme zeigt aber [21a], daß die genannte Möglichkeit eben nicht dazu ausgenützt wird, auch tatsächlich alle potentiellen Probleme in der Satzung zu regeln. Hätte dies der Gesetzgeber bei der Schaffung des GmbH-Gesetzes bedacht, so hätte er die wichtigsten Probleme sicherlich gesetzlich geregelt und nicht nur einer gesellschaftsvertraglichen Regelung überlassen. Das gilt gerade für die Fragen, die im Zusammenhang mit den vom gesetzlichen Normaltyp der kapitalistischen GmbH abweichenden Formen auftauchen. Hätte der Gesetzgeber die Entwicklung der GmbH in der Rechtswirklichkeit [22] vorausgesehen, dann hätte er zweifellos für die Hauptfragen [23] der mit den mehr personenbezogenen Formen zusammenhängenden Probleme, wozu sicherlich die Frage der Ausschließbarkeit einzelner Gesellschafter aus wichtigem Grund gehört, gesetzliche Vorsorge getroffen, anstatt diese Frage einem jahrzehntelangen Kampf in Lehre und Rechtsprechung zu überlassen. Der Gesetzgeber hätte

---

20) Auch hier folgt der Verfasser Larenz, Methodenlehre S.282.
21) Vgl. o. Fn. 10).
21a) Vgl. die obigen Ausführungen unter § 1 II 2.
22) Vgl. auch hier wieder o.§ 1 II.
23) Als solche können z.B. die von Rob. Fischer (Fschr.) behandelten drei Fragen angesehen werden: Abberufung eines Gesellschafter-Geschäftsführers, Ausschließung eines Gesellschafters und Gläubigerschutz in der personalistischen GmbH.

das getan in der Voraussicht, daß die Vorstellung einer vollständigen Regelung aller dieser wichtigen Fragen im Gesellschaftsvertrag ein nie zu erreichendes Idealbild bleiben würde. Der Grund hierfür liegt erfahrungsgemäß in der Tatsache, daß die Parteien bei der Gründung nicht mit künftigen Zerwürfnissen rechnen und sich davor scheuen, davon im Vertrag zu reden.

Als Zwischenergebnis ist also hier festzuhalten, daß es sich beim Nichtbestehen von gesetzlichen Vorschriften für die Hauptfragen der personenbezogenen GmbH um eine Lücke im Gesetz handelt [24].

2. Mittel der Lückenausfüllung

Es ist die Frage zu untersuchen, ob hier die Analogie als eines der Mittel der Rechtsfortbildung in Betracht kommt. Herkömmlicherweise unterscheidet man zwischen Gesetzes- und Rechtsanalogie, wobei sich beide dadurch unterscheiden, "daß jene eine gegebene Regel auf einen nur 'ähnlichen' Tatbestand überträgt, diese dagegen eine Regel oder meist eine Mehrheit von Regeln auf einen 'allgemeinen Grundsatz' zurückführt" [25].

Es liegt nahe, im Rahmen einer Rechtsfortbildung für Fragen der mehr personenbezogenen Gesellschaften mit beschränkter Haftung auf das Recht der Personengesellschaften, insbesondere der oHG als Analogiebasis zurückzugreifen (in Betracht kommt hier speziell zu untersuchende Frage auf § 140 HGB).

Eine "gesetzesanaloge Anwendung" der Vorschriften der oHG ist aus verschiedenen Gründen abzulehnen.

---

24) Insoweit scheint Rob. Fischer Fschr.S.120 anderer Meinung zu sein, wenn er diese Fragen als rechtspolitische Probleme bezeichnet. Er würde wohl - um bei den hier verwandten Begriffen zu bleiben - in diesem Zusammenhang eher von "Fehlern" des Gesetzes sprechen.

25) Larenz, Methodenlehre S.293.

Zum einen hat nun einmal der Gesetzgeber die GmbH als "Verein" im weiteren Sinne [26] ausgebildet und insofern als Gegensatz zu den Personalgesellschaften. Zum andern - und das ist das schwererwiegende Argument - müsste man bei einer Gesetzesanalogie im Einzelfall unterscheiden, ob es sich um eine personalistische oder eine kapitalistische GmbH handelt [27], da man ja bei dieser Analogieform von der Ähnlichkeit der Tatbestände unmittelbar auf die Gleichheit der Rechtsfolge schließt. Eine Ähnlichkeit der Tatbestände wäre hier aber in der Tat nur dann anzunehmen, wenn es sich bei der zu untersuchenden GmbH um eine personenbezogene GmbH handelte, d.h. um eine Gesellschaft, die im wesentlichen durch die Gemeinschaft ihrer Mitglieder zusammengehalten wird. Da aber die Übergangsformen von der kapitalistischen zur rein personalistischen GmbH sehr mannigfaltig sind und auch bei Zwischenformen z.B. die Ausschließung eines einzelnen Gesellschafters häufig notwendig wird [28], wäre es sehr schwierig, die für die Gesetzesanalogie notwendige Grenze zu ziehen und sich im Einzelfall festzulegen.

---

26) Vgl. o. I 2.

27) So Winkler S.5.

28) Vgl. hierzu Gessler S.104, der feststellte, daß bei 92% der von ihm untersuchten Gesellschaften mit beschränkter Haftung weniger als 5 Gesellschafter vorhanden waren und daß bei 20,8% von diesen Gesellschaften alle Gesellschafter Geschäftsführer waren und bei 67% mindestens einer der Gesellschafter zugleich Geschäftsführer war. Das ist eine Bestätigung für die Mannigfaltigkeit der Formen.

Wenden wir uns daher der Rechtsanalogie zu. Es wurde oben bereits angedeutet, daß man von Rechtsanalogie auch dann sprechen kann, wenn man bei einer einzelnen Vorschrift, auf deren "ratio legis" zurückgehend, feststellt, daß diese Einzelvorschrift auf einem allgemeinen Rechtsgrundsatz beruht und man deren Rechtsfolge daher auf einen andern Tatbestand, auf den dieser Rechtsgrundsatz ebenfalls paßt, anwendet [29].

Überträgt man diese Grundsätze auf die Frage, ob man die Lücken des GmbHG im Wege der Rechtsanalogie mit Vorschriften des Rechts der Personalgesellschaften, insbesondere des oHG-Rechts, ausfüllen kann, dann heißt das, im Einzelfall folgende Frage zu stellen: Fließt eine Regelung des Rechts der Personalgesellschaften (z.B. § 140 HGB) aus der spezifischen Struktur der betr. Gesellschaft, oder ist sie die Ausprägung eines ihr übergeordneten, auch die GmbH mitumfassenden Grundsatzes, z.B. des Gesellschaftsrechts oder der Rechtsordnung überhaupt [30]. Ist letzteres der Fall, dann ist eine analoge Anwendung der Vorschrift des Rechts der Personalgesellschaften möglich.

3. Analogiebasis und tatsächliche Bedürfnisse

Um zu befriedigenden Ergebnissen zu gelangen, muß ferner darauf geachtet werden, daß die

---

29) Larenz (Methodenlehre S.294) glaubt, diese Art der Rechtsanalogie nicht mehr unter den Begriff "Analogie" bringen zu können, obwohl er darauf hinweist, daß damit derselbe Zweck verfolgt wird. Er nennt diese Rechtsfortbildungsmethode "Erweiterung des Sinngehalts der Norm". Letztlich scheint das eine terminologische Frage zu sein.

30) Vgl. hierzu Winkler S.6 f.

Lückenausfüllung in einer Weise vorgenommen wird, welche die Bedürfnisse des tatsächlichen Wirtschaftslebens angemessen berücksichtigt. Das bedeutet im hier gesteckten Rahmen, daß die Regeln aus dem Recht der Personalgesellschaften, die zu Analogiezwecken herangezogen werden, vor ihrer Anwendung auf die GmbH entsprechend der wirtschaftlichen Situation in diesem Bereich umgestaltet oder ergänzt werden müssen.

Schlagwortartig in Frageform gekleidet, hat man also im Einzelfall wie folgt vorzugehen [31]:

1. Handelt es sich bei dem zu untersuchenden Tatbestand um eine "Lücke" oder einen "Fehler" des GmbHG?
2. Gibt es eine hierauf passende Regel bei den Personengesellschaften, und fließt diese aus einem spezifischen Strukturprinzip, oder handelt es sich bei deren ratio legis um einen allgemeinen Grundsatz?
3. Verletzt die Regel der Personalgesellschaft nicht tragende Prinzipien des GmbH-Rechts?
4. Entspricht die Regel aus dem Recht der Personalgesellschaften den Bedürfnissen des Wirtschaftslebens in Bezug auf die GmbH?

---

31) Vgl. hierzu Winkler S.14

§ 4 DIE AUSSCHLIESSUNG AUS WICHTIGEM GRUND UND DAS SCHEMA DER LÜCKENAUSFÜLLUNG

I. E i n e L ü c k e ?

Die Frage, ob das Nichtbestehen einer Regelung im GmbHG in Bezug auf die Ausschließung eines Gesellschafters eine Lücke im GmbH-Recht darstellt, wurde oben [1] bereits in bejahendem Sinne beantwortet [2]. Es sei hier nur noch hinzugefügt, daß selbst für den gesetzlichen Normaltyp in dieser Beziehung eine Lücke besteht. Es wurde nämlich festgestellt, daß auch kapitalgesellschaftliche Formen der GmbH - damit sind Gesellschaften gemeint, in denen sich die Pflichten in einer Kapitalbeitragsleistung erschöpfen - in der Rechtswirklichkeit noch eine weitgehende Rücksicht auf die Person der Mitglieder nehmen, indem sie als geschlossener, überwiegend sehr kleiner Mitgliederkreis die Übertragbarkeit des Geschäftsanteils meist an die Zustimmung eines Gesellschaftsorgans knüpfen [3]. Es besteht also auch hier häufig eine persönliche Verbundenheit mit der Gesellschaft und unter den Gesellschaftern. Das Problem der Ausschließbarkeit eines einzelnen Gesellschafters aus wichtigem Grund wird daher schon hier aktuell.

---

1) S. § 3 III 1.

2) Dieser Ansicht ist u.a. auch Schön S.35, der feststellt, daß der Gesetzgeber die Problematik nicht gesehen hat.

3) So Limbach S. 89 f.

II. §§ 140, 133 HGB als Analogiebasis

Es liegt nahe, als evtl. passende Analogienormen die §§ 140, 133 HGB heranzuziehen:

In § 140 HGB ist i.V. § 133 HGB die Ausschliessung eines Gesellschafters einer oHG aus wichtigem Grund geregelt. Sie erfolgt durch Ausschließungsurteil nach Klageerhebung durch alle Gesellschafter. Es wird damit der Zweck verfolgt, die vertragstreuen Gesellschafter vor der Auflösung der Gesellschaft und einer Abwicklung unter Mitwirkung des untreuen Gesellschafters zu bewahren [4].

1. Spezifische Normen der oHG?

Ein Blick auf andere Bestimmungen (insbesondere §§ 737, 626 BGB und viele andere [5]) zeigt, daß es sich bei der Regel des § 140 HGB keineswegs um eine nur dem oHG-Recht eigene und aus dessen Struktur fließende Norm handelt, sondern daß § 140 lediglich Ausprägung des in der gesamten Rechtsordnung immer wiederkehrenden Grundsatzes ist, daß Rechtsverhältnisse von längerer Dauer und bestimmter Prägung aus wichtigem Grund auflösbar sind. Somit besteht an der Analogietauglichkeit dieser Norm i.S. der Ausführungen unter § 3 kein Zweifel.

2. Vereinbarkeit von § 140 HGB mit den tragenden Prinzipien des GmbH-Rechts?

Die Ausschließung betrifft das Mitgliedschaftsrecht und in diesem Rahmen ist zunächst zu prüfen, ob die Tatsache, daß die GmbH dem Gesetz nach eine Kapitalgesellschaft ist, der analogen Anwendung des § 140 entgegensteht.

---

4) Vgl. BGHZ 6, 114

5) Siehe die ausführliche Aufzählung im BGHZ 9, 161.

a) Kapitalgesellschaft

Die Verbundenheit der Gesellschafter untereinander ist einer der tragenden Gedanken des § 140 HGB. Fehlte diese bei der GmbH vollkommen, so wäre das sicherlich ein Hindernis für eine Analogie. Es wurde und wird behauptet, daß unmittelbare Rechtsbeziehungen der Gesellschafter untereinander bei der GmbH nicht bestünden [6]. Dieser Meinung ist aber nicht zu folgen, denn die Gegenansicht [7] ist einleuchtender: Insbesondere Ballerstedt [8] nämlich weist nach, daß einzelne Bestimmungen des GmbHG schon für die normale gesetzliche Form auf eine im Inneren der GmbH bestehende Personenvereinigung gesellschaftlicher Struktur deuten. Er verweist in diesem Zusammenhang besonders auf die Haftung der Gesellschafter für Einlageverpflichtungen gem. § 24 GmbHG, die Haftung für die Rückgewähr von Zahlungen entgegen § 30 gem. § 31_{III} GmbHG und die aus beiden Fällen resultierenden Regreßansprüche der einzelnen Gesellschafter gegeneinander. Eine Begründung hierfür kann nur in einem gesellschaftsrechtlichen Verhältnis liegen, das zwischen den Gesellschaftern mit dem Beitritt zum Gesellschaftsvertrag zustande kommt. Ist nun eine derartige gesellschaftliche Verbundenheit der Mitglieder einer GmbH schon für den Normaltypus der GmbH zu bejahen, dann stellt sich diese Frage für die personalistische GmbH gar nicht mehr.

---

6) Hachenburg (5. Aufl.) Anm.3 zu § 13, wo dieser Schluß aus der juristischen Persönlichkeit der GmbH gezogen wird. Die interne Ausgestaltung der GmbH als Personengesellschaft sei daher kein Bestandteil des Gesellschaftsvertrages, sondern eine neben dem Gesellschaftsverhältnis stehende, besondere schuldrechtliche Abrede. Diese "Schachtelkonstruktion" ist wegen ihrer Kompliziertheit abzulehnen. - Vgl. ähnlich Feine S. 52 f und zunächst auch das RG (RGZ 74, 33, 35).

7) Vgl. insbesondere Ballerstedt S. 181 - 85, Brodmann Anm.2 a zu § 13, RGZ 88, 124, RG DR 1940, 2177.

8) [illegible]

b) Die Treuepflicht

Auf diesen unmittelbaren Rechtsbeziehungen der Gesellschafter untereinander beruht auch die Treuepflicht, die die Gesellschafter einander schulden, welche besagt, daß auch die Mitglieder einer GmbH ihr Verhalten stets dem Wohle der Gesellschaft entsprechend einzurichten haben. Verstöße hiergegen können ebenso wie bei der oHG auch bei der GmbH bei entsprechender Schwere einen zur Ausschließung berechtigenden wichtigen Grund darstellen [9]. Auch das ist ein Grundgedanke des § 140 HGB, der aber - wie hier ausgeführt - genau so gut auf die GmbH übertragen werden kann.

c) Ergebnis

Als Ergebnis ist also festzuhalten, daß sowohl der Treupflichtgedanke wie das Vorhandensein unmittelbarer sonstiger gesellschaftlicher Pflichten mit der gesetzlichen Gestaltung der GmbH als Kapitalgesellschaft in Einklang zu bringen sind, Prinzipien des GmbH-Rechts einer Ausschließbarkeit einzelner Gesellschafter in Analogie zu § 140 HGB also nicht entgegenstehen. Die Eigenschaft der juristischen Person ist der GmbH lediglich aus Gründen der "äußeren Lebensordnung" insbesondere um der Haftungsbeschränkung willen, verliehen worden [10].

---

9) Näheres hierzu unten unter § 5 II.

10) So Ballerstedt S.182. Ähnlich auch Winkler S.51 f, der für die GmbH unterscheidet zwischen erstens einer Rechtsgemeinschaft, zu der auch die juristische Person gehört und der die Vermögensrechte zugeordnet sind und zweitens einem Personenverband, innerhalb dessen die Lebensordnung der Gesellschafter näher geregelt ist. Beide seien voneinander unabhängig.

III. Angemessenheit der Regelung in § 140 HGB und Grenzen der Analogie

Es ging bei den bisherigen Ausführungen unter I. und II. um die Möglichkeit der analogen Anwendung des in § 140 steckenden Gedankens der Ausschließbarkeit eines Gesellschafters aus wichtigem Grund. Als selbstverständlich erscheint es, bei der analogen Anwendung dieses Gedankens eine Anpassung an die Eigenart des in Frage stehenden Typus eines Rechtsverhältnisses, hier der GmbH, vorzunehmen [11].

1. Notwendigkeit zur Differenzierung bei der GmbH im Einzelfall

Theoretisch lassen sich - wie schon einige Male erwähnt - zwei typische Gestaltungen der GmbH scharf auseinanderhalten [12]; zum einen die mehr der AG verwandte, kapitalistische Ausprägung und zum andern die personalistische GmbH mit wenigen Mitgliedern, die sich persönlich nahestehen, und meist auch selbst die Geschäftsführer sind.

Bei der oHG kann die Ausschließung im allgemeinen ohne jede Einschränkung stattfinden, es sei denn, sie ist im Gesellschaftsvertrag überhaupt ausgeschlossen. Für die GmbH wird vom BGH und anderen [13] entsprechend der obigen

---

11) Vgl. Beitzke S.9.

12) Die Unterscheidung wurde wahrscheinlich in dieser Klarheit zum ersten Mal von Hallstein S. 359 vorgenommen.

13) BGHZ 9, 161 - 64, Schilling JZ 1953 S.492, Hachenburg-Schmidt Anm.18 zu §34; ähnlich auch Gaßmüller GmbH-Rdsch. 1956 S.157 f, wenn er behauptet, daß die Ausschließung regelmäßig nur dann in Frage komme, wenn eine Grundtypenveränderung in Richtung auf die Personalgesellschaft stattgefunden habe; ebenso Pleyer S.87.

Zweiteilung die Ansicht vertreten, daß die Ausschließung eines Gesellschafters nur bei einer personalistischen GmbH in Betracht komme. Diese Ansicht ist nicht haltbar, denn sie entspricht keineswegs der Rechtswirklichkeit bei der GmbH [14], da in ein und derselben Gesellschaft verschiedenartig geprägte Gesellschaftsverhältnisse existieren können, d.h. es kann durchaus sein, daß der eine Gesellschafter lediglich kapitalistisch, der andere durch persönlichen Einsatz beteiligt ist. Es ist daher angemessener, den Grundsatz von der Ausschließbarkeit eines Gesellschafters nicht jeweils auf die gesamte GmbH anzuwenden, sondern die Ausschließbarkeit am Fall des einzelnen Gesellschafters zu untersuchen [15] mit dem Ergebnis, daß es nie notwendig sein wird, den rein kapitalistisch beteiligten Gesellschafter auszuschließen [16].

2. Die Grenzen des § 140 HGB als Analogiebasis

§ 140 HGB wurde bisher als Analogiebasis für die Ausschließbarkeit eines GmbH-Gesellschafters ganz allgemein untersucht und hat sich insoweit als tauglich erwiesen. Diese Vorschrift i.V. den § 105 $_{II}$ HGB, 738 BGB enthält aber darüber hinaus die Regelung des Ausschließungsmittels und des Schicksals des Gesellschaftsanteils: Der oHG-Gesellschafter ist mit Rechtskraft des Ausschlußurteils ausgeschlossen und sein Anteil

---

14) So insbesondere Gessler S.103, der diese Ansicht als verkrampft bezeichnet.

15) Vgl. hierzu Winkler S. 21, Gessler S.103, Kühn S.12 ff (13, 16).

16) Für weitere Ausführungen hierzu s. unten § 5 II.

wächst den übrigen Gesellschaftern an. Die GmbH nun ist keine Gesamthandsgemeinschaft und so findet die Analogie zu § 140 HGB ihre Grenze zumindest in der in dieser Regel enthaltenen Wirkung des Ausschlußurteils, denn der Geschäftsanteil des GmbH-Gesellschafters ist wesensmäßig eindeutig verschieden vom Geschäftsanteil des GmbH-Gesellschafters. Eine Anwachsung findet nicht statt und welche Problematik sich hieraus ergibt, wird im folgenden Teil [17] erörtert werden.

IV. Zusammenfassung und Vergleich mit der Lösung des BGH

Der Ausgangspunkt der Erörterungen in den §§ 3 und 4 war die Feststellung, daß es den bisherigen Lösungsversuchen und Begründungen im Zusammenhang mit Problemen, die aus der Fortentwicklung der GmbH zu mehr personenbezogenen Formen erwuchsen, an einer einheitlichen Grundlage fehlte. In § 3 wurde daher der Versuch unternommen, die zu füllenden Lücken des GmbH-Gesetzes mit dem Recht der Personengesellschaften im Wege der Rechtsanalogie zu schließen. Diese These wurde in § 4 an Hand der Frage nach der Möglichkeit der Ausschließung eines GmbH-Gesellschafters aus wichtigem Grund exemplifiziert mit dem Ergebnis, daß eine solche Ausschließbarkeit des GmbH-Gesellschafters durch Rechtsanalogie mit § 140

---

17) Teil B.

zu begründen ist, allerdings mit der Einschränkung, daß im Einzelfall die Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses des jeweiligen Gesellschafters entscheidend sein wird.

Im Ergebnis stimmen also die hier gemachten Ausführungen mit der Ansicht des BGH hinsichtlich der Begründung der Ausschließbarkeit eines GmbH-Gesellschafters überein, wenn auch die ausdrückliche Klarstellung, daß die Personenbezogenheit der jeweiligen GmbH nicht ausschlaggebend für die Beantwortung der hier behandelten Frage ist, nach Ansicht des Verf. einen sehr wesentlichen Punkt des gesamten Problems betrifft.

T E I L B : Die Durchführung der Ausschließung

Wie oben bereits angedeutet [1], liegen die Hauptschwierigkeiten im Zusammenhang mit der Durchführung der Ausschließung in der Tatsache begründet, daß es bei der GmbH als Kapitalgesellschaft keine automatische Anwachsung des Geschäftsanteils nach Ausschluß eines Gesellschafters und auch keinen unmittelbaren Abfindungsanspruch gegen die übrigen Gesellschafter gibt. Eine befriedigende Beantwortung der hierbei auftauchenden Fragen wird nur möglich sein, wenn dabei sowohl die Interessen der Gesellschaft und der verbleibenden Gesellschafter, die auf eine möglichst schnelle und reibungslose Ausschließung des lästigen Gesellschafters hinauslaufen, als auch die Interessen des Auszuschließenden, insbesondere an der Sicherstellung des Vermögenswertes seiner Beteiligung und die Interessen der Gesellschaftsgläubiger an der Erhaltung der Haftungsgrundlage gleichermaßen berücksichtigt werden. Ein vernünftiger Ausgleich zwischen diesen verschiedenen Interessen wird das eigentliche Problem der Durchführung der Ausschließung sein [2].

---

1) Vgl. oben § 4 III 2.

2) Vgl. hierzu Rob. Fischer Fschr. S.127.

§ 5 DIE EINLEITUNG DES AUSSCHLIESSUNGS-VERFAHRENS

I. Ausschließung durch Gesellschafterversammlungsbeschluß oder Urteil ?

Es wird die Meinung vertreten [3], daß man richtigerweise zuerst die Fragen um die materiellrechtlichen Vorgänge der Ausschliessung analysieren müsse, bevor man sich um das Ausschließungsmittel bemühe, denn die Ergebnisse der materiellrechtlichen Erörterungen hätten Rückwirkungen auf die Wahl des angemessenen Ausschließungsmittels. Dieser Ansicht ist jedoch nicht zu folgen. Erweist es sich nämlich als notwendig, daß bereits die Entscheidung über das Vorliegen eines wichtigen Grundes, der zur Ausschließung berechtigt, einem gerichtlichen Verfahren vorzubehalten ist, dann ist jene Argumentation nicht mehr stichhaltig.

Ein Blick auf ähnliche Regeln über Zwangsausschlußmaßnahmen ergibt, daß bezüglich der Frage des Ausschließungsmittels keine einheitliche Entscheidung des Gesetzgebers besteht:

- Nach § 737 BGB genügt ein Mehrheitsbeschluß der Gesellschafter.
- Der Ausschluß aus einem Verein erfolgt nach h.M. durch Beschluß der Vereinsversammlung
- Gem. §§ 140 oHG, 18, 19 WEG ist ein Ausschlußurteil notwendig.

Daraus ist zu schließen, daß die einzelnen Regelungen dem jeweiligen Typus angepaßt werden, um die jeweils verschiedenen Interessen zu berücksichtigen.

---

3) Schön S.43, der damit auch gleichzeitig Kritik übt am Vorgehen des BGH in seinem Urteil vom 1.4.1953.

1. Die Interessen des auszuschließenden Gesellschafters

Die Beteiligung an einer GmbH ist häufig die Existenzgrundlage für einen Gesellschafter insbesondere dann, wenn er nicht (nur) rein kapitalistisch an einer solchen Gesellschaft beteiligt, sondern mit seiner persönlichen Arbeitskraft mit ihr verbunden ist. Ein zwangsweiser Ausschluß aus der Gesellschaft wird daher für ihn von außerordentlich schwerwiegender Bedeutung sein und er wird daher in jedem Fall schon in Bezug auf die Entscheidung der Frage, ob ein wichtiger, zur Ausschließung berechtigender Grund vorliegt, ein gerichtliches Verfahren einem diesbezüglichen Beschluß in der Gesellschafterversammlung vorziehen in der begründeten Besorgnis, daß er von der Gesellschafterversammlung möglicherweise keine objektive Entscheidung dieser Frage zu erwarten hätte.

Es kommt hinzu, daß es unbillig wäre, wollte man den auszuschließenden Gesellschafter plötzlich in die Rolle des Klägers drängen und ihm die damit verbundene Kostenlast aufbürden, falls man sich dafür entscheidet, daß die Feststellung des wichtigen Grundes und die Ausschließung durch einen Beschluß der Gesellschafterversammlung zu erfolgen und der Betroffene hiergegen nur die Möglichkeit der gerichtlichen Anfechtung habe [4]. Obwohl er das Ausschließungsverfahren nicht in Gang gebracht hat, müßte er sich plötzlich klageweise dagegen wehren.

---

4) Hierauf hat zutreffend Wolff S. 39 aufmerksam gemacht.

Eine analoge Anwendung der Regelung der §§ 34, 46 Ziff.4 GmbHG, wo für die Einziehung ein Gesellschafterbeschluß genügt, kommt für den auszuschließenden GmbH-Gesellschafter nicht in Frage, da es entscheidend ist, daß im vorliegenden Fall der Gesellschafter die Ausschließung nicht voraussehen konnte. Gerade die Voraussehbarkeit der Zwangsmaßnahme aber ist einer der tragenden Gedanken des § 34 GmbHG.

2. Die Interessen der Gesellschaftsgläubiger [5]

Gläubiger einer GmbH sind primär daran interessiert, daß ihnen eine entsprechende Haftungsgrundlage, also zumindest das Stammkapital erhalten bleibt. Diese Haftungsgrundlage wird gefährdet durch eine Störung der Funktionsfähigkeit der Gesellschaft. Diese Funktionsfähigkeit würde gestört werden, wenn z.B. Rechtsunsicherheit über die Gültigkeit von Gesellschafterversammlungsbeschlüssen aufkäme. Letzteres wäre aber der Fall, falls man zuließe, daß ein Ausschließungsbeschluß der Gesellschafterversammlung unmittelbare Rechtswirkungen auf die Rechtsstellung des Auszuschließenden hätte, z.B. die Untersagung der weiteren Teilnahme an Gesellschafterversammlungen. Würde in einem solchen Fall im gerichtlichen Verfahren das Vorliegen eines wichtigen Grundes verneint, dann wären alle Beschlüsse der Gesellschafterversammlung zwischen Ausschließungsbeschluß und gerichtlichem Urteil ungültig. Eine derartige Rechtsunsicherheit und die damit möglicherweise verbundene Störung der Funktionsfähigkeit der Gesellschaft verhindert das klageweise Ausschließungsverfahren, denn hier wird der alte Zustand bis zur endgültigen gerichtlichen Entscheidung aufrechterhalten. Somit ist auch den Interessen der Gesellschaftsgläubiger mit einem klageweisen Ausschließungsverfahren am ehesten gedient. Das gilt in gleicher Weise für die personalistische wie für die kapitalistische GmbH.

3. Die Interessen der verbleibenden Gesellschafter und der Gesellschaft

Die die Ausschließung betreibenden Gesellschafter sind selbstverständlich daran interessiert, daß sie den

---

5) Der BGH vernachläßigt die Gläubigerinteressen vollständig.

lästigen Gesellschafter möglichst rasch los werden. Diesem Interesse dient natürlich die Feststellung des wichtigen Grundes und die Ausschließung durch Beschluß der Gesellschafterversammlung am ehesten. Die Raschheit des Verfahrens ist daher auch das Hauptargument der Anhänger dieser Lösung [6], die im übrigen eine Modifizierung in der Weise erfahren hat, daß der Gesellschafterbeschluß als Ausschliessungsmittel auf die Fälle beschränkt wird, bei denen von vorneherein feststeht, daß genügend Kapital zur Abfindung des Auszuschließenden vorhanden ist [7].

Gegen diese Deutung der Interessen der Gesellschaft spricht die Tatsache, daß es durchaus möglich ist, daß die gerichtliche Entscheidung am Ende des "Nachprüfungsprozesses" die ursprüngliche Ausschließung wegen Fehlens eines wichtigen Grundes aufhebt. Diese Unsicherheit über die Wirksamkeit der durch Gesellschafterbeschluß vorgenommenen Auflösung kann für den Bestand der Gesellschaft untragbar sein und zu schweren wirtschaftlichen Nachteilen führen [8]. Es ist also festzustellen, daß die Ausschließung durch einen Beschluß der Gesellschafterversammlung sich nicht nur zugunsten der verbleibenden Gesellschafter und der Gesellschaft auswirkt.

---

6) Scholz, Mon. S.33 ff; derselbe GmbH-Rdsch 1952, S.17, 1953 S.75, 1955 S.39 hält den Gesellschafterbeschluß nach geltendem Recht für die einzig mögliche Lösung. Ebenso Vogel BB 1953 S.460 f; ders. and.A. in seinem Komm. Anm.5 zu § 34 und RG (RGZ 169, 30); Küster S.457 mit abweichender Begründung: Die Verlagerung der gerichtlichen Kontrolle in den Anfechtungsprozess sei auch an anderer Stelle zu beobachten, z.B. in § 38_{II} GmbHG (vgl. hierzu § 117 HGB); vgl. hier die zutreffende Kritik an Küster durch Grussendorf S.133.

7) Auch gegen diese Version der Ausschließung durch Gesellschafterbeschluß sprechen entscheidend die unten unter 4. aufgeführten Gründe.

8) Hachenburg-Schmidt Anm. 18 a § 34.

4. Interessenabwägung und Ergebnis

Das Interesse des Auszuschließenden und der Gesellschaftsgläubiger an einer endgültigen und neutralen Entscheidung eines zur Ausschließung berechtigenden wichtigen Grundes überwiegt das Interesse der Gesellschaft und der verbleibenden Gesellschafter an einer möglichst raschen Ausschließung und daher ist das Klageverfahren die angemessene Lösung in dieser Frage [9].

Ausschlaggebend hierfür ist die Überlegung, daß es für den Auszuschließenden - wie oben ausgeführt - häufig um die Existenzgrundlage geht, und dieser Punkt gegenüber dem bloßen Interesse der Gesellschaft an einem raschen Verfahren der Vorrang einzuräumen ist. Das zur Ausschließung führende Klageverfahren hat zweifellos den Nachteil, daß es die Ausschließung verzögert. Es bleibt zu untersuchen, inwieweit dieser Nachteil durch den Antrag auf Erlaß einer auf Suspendierung der Mitgliedschaftsrechte des Auszuschließenden gerichtete einstweilige Verfügung kompensiert werden kann, nachdem der Beschluß über die Einleitung des Ausschließungsverfahrens gefaßt worden ist.

II. D e r w i c h t i g e G r u n d

Obwohl über das Vorliegen eines zur Ausschliessung berechtigenden Grundes durch Urteil entschieden wird, muß sich zunächst einmal die Gesellschafterversammlung mit der Einleitung

---

9) So die h.M.: vgl. z.B. BGHZ 9, 168, Hachenburg-Schmidt Anm.18 a zu § 34, Baumbach-Hueck Anm. 2 B Einf. zu § 34, Hueck Betr. 1951 S.108, 1953 S.777. Haupt-Reinhardt S. 162.

10) Vgl. unten III 4. § 7 III 4.

des Ausschließungsverfahrens befassen, d.h. sie hat sich darüber klar zu werden, ob ein entsprechender wichtiger Grund überhaupt vorliegt. Dabei hat sie sich im wesentlichen an den folgenden Grundsätzen zu orentieren.

1. Generelle Voraussetzungen

a) Die Ausschließung als "letztes Mittel"

Übereinstimmend geht man davon aus, daß die Ausschließung nur als "letztes Mittel" gewählt werden soll, da sie doch eine außerordentlich einschneidende Maßnahme darstellt, die vielfach mit dem Verlust des bisherigen Berufs- und Arbeitsplatzes verbunden ist [11]. Das bedeutet, daß der Begriff "wichtiger Grund" sehr eng auszulegen ist [12] und "leichtere Geschütze" stets vorzuziehen sind, z.B. die Niederlegung oder Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis in Fällen, wo der Gesellschafter in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer Pflichtverletzungen begangen hat [13], obwohl diese Maßnahmen natürlich dann nicht genügen, wenn der Grund in der Person des Gesellschafters liegt und das Vertrauensverhältnis der Gesellschafter untereinander beeinflußt [14] [15]. Es muß ferner gesagt werden können, daß ein weiterer Verbleib des auszuschließenden Gesellschafters den Bestand der GmbH gefährdet. Von Wolff [16] wird in diesem Zusammenhang behauptet, ein Indiz für die Bestandsgefährdung sei die Ertragsfähigkeit des

---

11) So insbesondere der BGH in BGHZ 16 323; 32, 31, 35, 280 f.
12) Das trifft in der gleichen Weise für die BGB-Gesellschaft zu, vgl. Schultze v.Lasaulx in Sörgel-Siebert Anm.2 zu § 737.
13) So Hueck Betr. 1951 S. 108.
14) Vgl. hierzu die Ausf. unter 2.
15) Ein anderer Weg wäre der Versuch, den lästigen Gesellschafter zu einer freiwilligen Abtretung zu bewegen.
16) S. 18.

Unternehmens. Dieses Kriterium erscheint aber deshalb als nicht sonderlich geeignet, weil das momentane Blühen eines Unternehmens nur wenig über die alsbald zu erwartende Entwicklung aussagt.

b) Die Gesamtstruktur der GmbH

Es wird hier auf die obigen Ausführungen Bezug genommen [17]. Dem ist jedoch hinzuzufügen, daß die Anforderungen an die Treuepflicht der Gesellschafter desto strenger sind, je mehr die Gesellschaft als Personalgesellschaft ausgestaltet ist, weil in gleichem Maße die Wichtigkeit des Vertrauensverhältnisses der Gesellschafter untereinander wächst.

2. Gründe im einzelnen

Es ist unbestritten, daß eine nähere Bestimmung des Begriffes des wichtigen Grundes nicht möglich ist[18]. Man kann nur ganz allgemein sagen - und hier-bei stützt man sich auf Grundsätze des Vereins- und BGB-Gesellschaftsrechts -, daß jede Tatsache in der Person eines Gesellschafters, die die Erreichung des Gesellschaftszweckes nachhaltig hindern und damit ihre Lebensinteressen treffen könnte und die Fortsetzung der Gesellschaft mit dem betreffenden Gesellschafter unzumutbar macht, einen wichtigen Grund darstellt [19]. Die folgenden Ausführungen sind lediglich eine beispielhafte Aufzählung wichtiger Gründe.

---

17) § 4 III 1.

18) Eine Legaldefinition wurde versucht in einer vorläufigen Landarbeitsordnung vom 24.1.1919 (RGBl.I S.111 f), wiedergegeben bei Freund S.11.

19) Schultze v. Lasaulx in Soergel-Siebert Anm.2 zu § 737, Bergenroth S.722, Baumbach-Hueck Einf. 2 A zu § 34. Ebenso für die oHG u.a. Schlegelberger-Geßler Anm.3 zu § 133.

a) Treupflichtverletzungen und die Rolle des Verschuldens

Daß es auch in der GmbH Treuepflichten der Gesellschafter gibt, die über die durch § 242 BGB gebotenen hinausgehen, wurde oben bereits festgestellt [20]. Sie beinhalten ganz allgemein die Verpflichtung, alles zu unterlassen, was dem Wohl der GmbH widerspricht. Insofern sind folgende Fälle Unterfälle einer Treupflichtverletzung:

- schwere Verletzungen von Gesellschafterpflichten;
- schwere Verfehlungen (z.B. Vertrauensbruch) gegenüber Mitgesellschaftern;
- Zerwürfnisse zwischen den Gesellschaftern, deren Ursache der Auszuschließende ist;
- ehrenrührige kriminelle Strafen.

Allen diesen Pflichtverletzungen liegt auch gleichzeitig ein Verschulden zugrunde. Fraglich ist, ob nicht auch unverschuldete Umstände, wie Krankheit, eine bestimmte Staatsangehörigkeit etc. wichtige Gründe darstellen können. Das wird von der überwiegenden Meinung bejaht, mit der Begründung, daß die Ausschließung ja keine Folge begangener Pflichtverletzung sei [21].

Es wird aber zum Teil auch eine Überprüfung der These verlangt, daß Verschulden für das Vorliegen eines wichtigen Grundes nicht notwendig sei [22]. Ein unverschuldeter Fall sei nämlich nicht denkbar, wo nicht die Ausschließung von der Geschäftsführung genüge. Dieser Meinung kann nicht gefolgt werden, denn es ist durchaus vorstellbar, daß z.B. im erwähnten Fall der Krankheit in bestimmten Krankheitsfällen (z.B. bei Geistesgestörtheit) eine Ausschließung unumgänglich wird, wenn etwa der Gesellschafter in der Öffentlichkeit ständig zum Schaden der GmbH auftritt [23].

---

20) s. 4 II 2 b.
21) So z.B. der BGH (BGHZ 9, 164).
22) Wolff S.22 - 25.
23) Auch Hasur S.409 meint, daß die Ausschließung nur bei Verschulden in Bezug auf den wichtigen Grund in Frage kommt. Sonst müsse die GmbH aufgelöst werden. Für diese Unterscheidung ist keine Begründung ersichtlich.

Ein Verschulden des Auszuschließenden als Voraussetzung für das Vorliegen eines wichtigen Grundes zu fordern, verträgt sich auch nicht mit der eingangs dieses Abschnittes aufgeführten allgemeinen Umschreibung der Voraussetzungen eines wichtigen Grundes, deren Hauptkriterium die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Gesellschaftsverhältnisses mit einem bestimmten Gesellschafter ist.

Es ist im übrigen aufschlußreich, daß auch im Rahmen der Ausschließung aus einer oHG der Grundsatz gilt, daß im Hinblick auf das Vorliegen eines wichtigen Grundes verschuldetes und unverschuldetes Verhalten eines Gesellschafters gleichzustellen sind [23a]. Die Tatsache, daß hier ein Gericht meist nur in den Fällen von der Ausschließung Gebrauch machen wird, in denen ein Verschulden vorliegt, hat ihren Grund darin, daß es sich eben um eine sehr harte Maßregel handelt [23b].

b) Außerkraftsetzung eines wichtigen Grundes

aa) beim klageinleitenden Gesellschafterbeschluß

Maßgebend für das Vorliegen eines wichtigen, zur Ausschließung berechtigenden Grundes ist zunächst der Zeitpunkt der Beschlußfassung über die Einleitung des Ausschließungsverfahrens. Es sind mehrere Gründe [24] denkbar, weshalb trotz objektiven Vorliegens eines wichtigen Grundes dieser außer Kraft gesetzt ist:

Es ist einmal denkbar, daß die Gesellschafter auf ihr Ausschließungsrecht dadurch verzichtet haben [25], daß sie dem betreffenden Gesellschafter die als wichtigen Grund zu beurteilende Tatsache verziehen haben.

Die Gesellschafter können ihr Ausschließungsrecht auch verwirkt (§ 242 BGB) haben, wenn sie nämlich so lange Zeit haben verstreichen lassen, daß die Ausübung des Ausschließungsrechtes nun gegen Treu und Glauben verstoßen würde.

23a) Schlegelberger-Geßler Anm. 4 zu § 133
23b) Vgl. Schlegelberger-Geßler Anm. 2 zu § 140
24) Es sind dieselben wie bei der BGB-Gesellschaft in §§ 723, 737 bzw. beim Dienstvertrag in § 626 BGB. Insofern stellen sie keine Besonderheit der GmbH dar.
25) Zur gleichen Frage bei der oHG vgl. Schlegelberger-Geßler Anm. 12 zu § 140 HGB.

Ebensowenig kann die Gesellschafterversammlung den Erben eines verstorbenen Erblassers dessen gesellschaftswidriges Verhalten zurechnen [26]. Von einer Gefährdung des Unternehmens als einer Voraussetzung für die Ausschließung kann nach dem Ausscheiden des Erblassers durch seinen Tod nämlich dann nicht mehr die Rede sein.

bb) im Laufe des Klageverfahrens

Entscheidender Zeitpunkt für das Vorliegen eines wichtigen Grundes ist im Rahmen des Klageverfahrens die letzte mündliche Verhandlung [27]. In diesem Zeitpunkt können im wesentlichen dieselben, einen wichtigen Grund außer Kraft setzenden Gründe vorliegen wie zum Zeitpunkt der Beschlußfassung über die Einleitung eines Ausschließungsverfahrens durch die Gesellschafterversammlung. Sie führen einmal dazu, daß im Falle des Verzichts auf die Ausschließung zwischen Gesellschafterbeschluß und letzter mündlicher Verhandlung oder im Falle der Verwirkung bei zu spät erhobener Klage die Klage als unbegründet abzuweisen ist. Zum andern wird die Klage unzulässig, weil ihr das Rechtschutzbedürfnis fehlt, falls der auszuschließende Gesellschafter wegen Todes ausscheidet [28]. Auf eine Klage gegen einen andern Gesellschafter hat der Tod eines Gesellschafters keinen Einfluß, da - wie unten [29] zu zeigen ist - die Klage von der Gesellschaft erhoben wird.

---

26) Vgl. hierzu Däubler S. 11.
27) Wolff S. 27.
28) Däubler a.a.O. (Fn.24).
29) III 2.

3. Ausschließungsgründe in der Person der übrigen Gesellschafter

Die Gesellschafterversammlung kann die Einleitung eines Ausschließungsverfahrens dann nicht beschließen, wenn in der Person (oder den Personen) des (oder der) Beschlußfassenden Gründe vorliegen, die die Ausschließung des (oder der) Beschlußfassenden rechtfertigen [30]. Eine Ausschließung würde nämlich in diesem Falle eine unzulässige Rechtsausübung darstellen (§242 BGB) und außerdem zu dem Ergebnis führen, daß u.U. die beiden Parteien in zwei verschiedenen Prozessen jeweils ein Ausschließungsverfahren einleiten würden [31].

4. Schlußbemerkung

Es sei am Schluß dieses Abschnittes noch bemerkt, daß die Ausführungen über den wichtigen Grund natürlich für das gerichtliche Verfahren, in dem über das tatsächliche Vorliegen eines wichtigen Grundes erst entschieden wird, genau so gelten.

---

30) BGHZ 16, 317; 32, 17.

31) Bezüglich Einzelheiten zu diesem Problem vgl. unten die Ausführungen in § 9 II.

III. Modalitäten und Wirkungen des Gesellschafterbeschlusses

Es ist unbestritten, daß die Einleitung des Ausschließungsverfahrens wegen ihrer Wichtigkeit nicht den Geschäftsführern überlassen werden kann, sondern einer Regelung durch die Gesellschafterversammlung bedarf. Der Beschluß geht auf die Erhebung einer Klage gegen den lästigen Gesellschafter, falls eine entsprechende Mehrheit der Abstimmenden der Ansicht ist, daß ein wichtiger Grund für die Ausschließung gegeben ist.

1. Mehrheit, Stimmberechtigung und rechtliches Gehör

a) Mehrheit und Stimmberechtigung

Nach dem geltenden Recht (§ 47_{II} GmbHG) ist die Kapitalmehrheit bei Abstimmungen in der Gesellschafterversammlung entscheidend [32].

Der BGH [33] ist der Ansicht, der Beschluß müsse mit einer Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen gefaßt werden bzw. mit derjenigen Mehrheit, die statuarisch für die Auflösung der Gesellschaft vorgesehen sei [34]. Die Ausschließung komme ihrer Bedeutung nach der Auflösung am nächsten und daher sei § 60 I Ziff.2 GmbHG analog anzuwenden. Ein einstimmiger Beschluß wie in § 140 HGB sei nicht notwendig, da sich durch den Ausschluß aus der GmbH die Haftung der verbleibenden Gesellschafter nicht erhöhe. Als einziger folgt dieser Ansicht des BGH Ganßmüller [35].

---

32) De lege ferenda wäre eine Abstimmung nach Köpfen in bestimmten Fällen, z.B. beim Ausschließungsverfahren, angemessener, um u.a. zu vermeiden, daß es einem mit einem großen Geschäftsanteil beteiligten Gesellschafter möglich ist, einen offensichtlich lästigen Mitgesellschafter zu decken oder einen ihm mißliebigen hinauszudrängen.
Bezüglich anderer, ausländischer Lösungen vgl. die Diss. von Schinas.

33) BGHZ 9, 177.

34) BGHZ 32, 22 f.

35) GmbH-Rdsch. 1963 S.65 f. Auch er lehnte ursprünglich die Meinung des BGH ab; vgl. GmbH-Rdsch. 1956 S.129 ff.

In der übrigen Literatur zu dieser Frage wird die Ansicht des BGH übereinstimmend abgelehnt [36]. Es wird u.a. darauf verwiesen, daß die Parallele zur Auflösung einer GmbH nicht passe. Für den Auszuschließenden seien die beiden Situationen vielleicht vergleichbar: In beiden Fällen ende die Mitgliedschaft in der GmbH. Nicht vergleichbar seien jedoch die beiden Fälle für die verbleibenden Gesellschafter, die im Falle der Ausschließung ja gerade die Gesellschaft erhalten wollen.[37]. Ferner wird argumentiert, grundsätzlich fände die Beschlußfassung im GmbHG mit einfacher Mehrheit statt (§ 47 I GmbHG), insbesondere auch bei der Einziehung (§46 Ziff.4 GmbHG), die der Ausschließung in diesem Punkt noch am nächsten komme.

Die überwiegende Mehrheit der Literatur tritt dafür ein, daß der Beschluß über die Einleitung des Ausschließungsverfahrens mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen zu fassen ist. Die Begründungen, die hierfür gegeben werden, sind jedoch zum Teil keineswegs einleuchtend. Der Hinweis auf die Ähnlichkeit mit § 34 GmbHG scheitert daran, daß diese Vorschrift davon ausgeht, daß der Auszuschließende mit einer derartigen Möglichkeit einverstanden war. Wenn Mezger [38] § 61 II GmbHG als Vergleichsvorschrift heranzieht, wo ein Zehntel des Stammkapitals zur Erhebung der Aufhebungsklage berechtigt ist, dann vergleicht er Unvergleichbares miteinander und schließt zudem von der Mehrheit des § 61 II GmbHG willkürlich auf eine einfache Mehrheit.

---

36) So u.a. von Hueck Betr. 1953 S.777, Scholz Komm. Anm. 8 zu § 34, Hachenburg-Schmidt Anm. 18 A zu § 34, Gierke S. 418, Mezger GmbH-Rdsch.1963 S. 64, Winkler S.80.
37) So z.B. Baumbach-Hueck Anm.2 B Einf.zu § 34.
38) GmbH-Rdsch. 1963 S. 64.

Es wird auch die Meinung vertreten - und ihr schließt sich der Verfasser an -, daß eine einfache Mehrheit - dem Grundsatz des GmbHG gemäß (§ 47 I) - für den Beschluß über die Einleitung des Ausschliessungsverfahrens genügen muß. Entscheidend hierfür ist die Überlegung, daß das Erfordernis einer qualifizierten Mehrheit schon den ersten Schritt des Ausschließungsverfahrens zu sehr erschweren würde, vor allem in dem verhältnismäßig häufigen Fall, wo in einer GmbH zumindest zwei Familien oder Stämme vorhanden sind [39]. Es kommt hinzu, daß es sich ja tatsächlich nur um den e r s t e n Schritt der Ausschließung handelt, was keineswegs heißt, daß man das Urteil, in dem über die Berechtigung einer Ausschließung dann erst entschieden wird, als Entscheidung einer zweiten Instanz betrachten müßte [40].

Unbestritten ist die Tatsache, daß der Betroffene nicht mitstimmen darf [41]. Zur Begründung wird in der Regel auf den bestehenden Interessenkonflikt verwiesen, der sich in dem allgemeinen Satz ausdrückt, daß niemand Richter in eigener Sache sein könne. Der vorliegende Fall kann aber unmittelbar unter § 47 IV GmbHG subsumiert werden, eine Vorschrift, die den GmbH-Gesellschafter betrifft, gleichgültig, ob er der GmbH als Dritter gegenüber tritt oder Mitgliedsrechte ausübt [42]. Der Ausschluß von der Stimmberechtigung hat natürlich die Konsequenz, daß auch der Gesellschafter mit Mehrheitsbeteiligung ohne weiteres bei entsprechendem Abstimmungsergebnis ausgeschlossen werden kann [43]. Dies erscheint

---

39) Vgl. hierzu Hueck Betr. 1953 S.777.
40) Das tut z.B. Hueck in Baumbach-Hueck Anm. 2 B Einf. zu § 34.
41) Vgl. statt vieler Baumbach-Hueck Anm.2 B Einf. zu § 34.
42) Baumbach-Hueck Anm. 5 A, B zu § 47, BGHZ 9, 178.
43) Hier irrt Wolff S. 49, die annimmt, daß das eine Folge des Erfordernisses der einfachen Mehrheit sei.

jedoch als nicht unbillig, da sein Verbleib in der GmbH genau so unzumutbar sein kann wie der eines Gesellschafters mit nur der Mindesteinlage. Der Fall dürfte sich jedoch wegen der damit zusammenhängenden Abfindungsprobleme relativ selten zutragen.

b) Rechtliches Gehör

Dem betroffenen Gesellschafter ist vor Beschlußfassung Gelegenheit zur Anhörung zu geben. Das erfordert die gesellschaftliche Treupflicht. Denn schon die Einleitung einer Ausschließungsklage verschlechtert die Position des betroffenen Gesellschafters, der sich nun nämlich alsbald in einen Prozess verwickelt sieht.

2. Klageberechtigung

Die Klage selbst wird von der Gesellschaft erhoben [44]. Zum Teil wird auch die Meinung vertreten, daß in Analogie zu § 140 HGB auch die Gesellschafter klageberechtigt sein müßten[45]. Trotz des Bestehens einer juristischen Person seien persönliche Berührungspunkte zwischen den einzelnen Gesellschaftern nicht ausgeschlossen, zu deren Beseitigung eine Klagemöglichkeit gegeben sein müsse [46]. Es müßten dann aber alle Gesellschafter klagen, damit die Urteilswirkung nicht auf den jeweils klagenden, einzelnen Gesellschafter beschränkt bleibe. Die Notwendigkeit

44) So die h.M.: vgl. statt vieler Mezger, Diss. S. 105 f.
45) Wolff S. 50 ff.
46) So Wolff a.a.O.

der Klageberechtigung der Gesellschafter leuchtet nicht ein, denn es ist nicht einzusehen, wieso Ausschließungsgründe, die auf dem persönlichen Verhältnis der Gesellschafter zueinander beruhen, nicht ebensogut von der Gesellschaft geltend gemacht werden können. Die Klageberechtigung ist daher auf die Gesellschaft zu beschränken [47].

3. Wirkung des Gesellschafterbeschlusses auf die Rechtsstellung des Auszuschließenden

Im Anschluß an die obigen Ausführungen ist davon auszugehen, daß der Beschluß in der Gesellschafterversammlung über die Frage der evtl. Ausschliessung eines bestimmten Gesellschafters zum Inhalt hat, daß die Gesellschaft das im Wege der Klage zu betreibende Ausschließungsverfahren gegen den lästigen Gesellschafter einleiten solle, d.h. daß die Gesellschaft Klage erheben muß. Von einem Beschluß, der sich auf den genannten Inhalt beschränkt, ist jedoch keinerlei Wirkung auf die Rechtsstellung des Auszuschließenden zu erwarten.

Erhebt nun die Gesellschaft beschlußgemäß Klage, so wird in der Regel geraume Zeit vergehen, bis ein rechtskräftiges Urteil zur Sache ergeht. Wie oben ausgeführt, ist dieser Umstand, die Verzögerung der Ausschließung, ein erheblicher Nachteil für die Gesellschaft. Es ist daher im folgenden zu fragen, ob man diesen Nachteil nicht dadurch beseitigen könnte, daß eine einstweilige Verfügung, gerichtet auf vollständige oder teilweise Suspendierung der Mitgliedschaftsrechte des Auszuschliessenden, erwirkt wird [49].

---

47) Die Frage der Klageberechtigung des einzelnen Gesellschafters gewinnt m.E. nur Bedeutung bei der Zweimann-GmbH (vgl. unten § 9 I), weswegen diese Frage für den Regelfall jedoch noch nicht aufgeworfen zu werden braucht.

48) Unter I.

49) Eine einstweilige Verfügung für diesen Fall wird auch anderswo vorgeschlagen und bejaht,

4. Regelung des Zeitraums zwischen Gesellschafterbeschluß und rechtskräftigem Urteil: Möglichkeit einer einstweiligen Verfügung

Für das Ausschließungsverfahren bei der oHG (§ 140 HGB) ist der Grundsatz einhellig anerkannt, daß auf keinen Fall eine einstweilige Verfügung ergehen kann, in der die Ausschliessung ausgesprochen wird, da diese Maßnahme dem Wesen der einstweiligen Verfügung widersprechen würde [50]. Es wird aber ebenso anerkannt, daß weniger umfassende Maßnahmen zur Regelung der Verhältnisse in der Gesellschaft im Zeitraum zwischen Gesellschafterbeschluß und dem endgültigen Ausscheiden des lästigen Gesellschafters im Rahmen einer einstweiligen Verfügung möglich und zulässig sind [51], falls die Voraussetzungen für eine solche gerichtliche Maßnahme gegeben sind. Das gilt zwar für das Recht der oHG, aber es sind keine Umstände ersichtlich, die für die GmbH eine andere Beurteilung rechtfertigen würden.

Im einzelnen gilt es hier zu untersuchen, ob eine einstweilige Verfügung ergehen kann, mit der dem auszuschließenden Gesellschafter die Mitverwaltungsrechte, wie das Recht auf Teilnahme an Gesellschafterversammlungen, das Stimmrecht oder das Auskunftsrecht [52], vorläufig entzogen und evtl. - falls notwendig - auf einen Dritten übertragen werden. (§§ 940, 938, 936, 926 ZPO). Damit wäre den Interessen

---

jedoch nirgends auf ihre rechtliche Zulässigkeit hin untersucht; vgl. z.B. Winkler S.79.

50) Vgl. Schlegelberger-Gessler Anm.12 zu § 140 und Anm. 23 zu § 133, Weipert in RGR-Komm. Anm.20 zu § 133.

51) So z.B. die einstweilige Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis des alleinvertretungsberechtigten Gesellschafters, vgl. BGHZ 33, 108 (110 f) oder die Einsetzung eines Dritten als Verwalter.

52) Baumbach-Hueck Anm.2 F zu § 45.

der die Ausschließung betreibenden Gesellschafter und der Gesellschaft gedient [52a].

Die Voraussetzungen des § 940 ZPO werden im Regelfall vorliegen: Es handelt sich hier um das Rechtsverhältnis zwischen Gesellschaft und Gesellschafter [53] und eine Regelung dieses Verhältnisses erscheint als objektiv notwendig, falls eine Bestandsgefährdung für die GmbH glaubhaft gemacht werden kann. Es ist lediglich fraglich, ob die Struktur des GmbH-Geschäftsanteils und die Interessenlage den speziellen oben genannten Antrag auf einstweilige Verfügung zulassen.

Nach der h.M. [54] versteht man unter dem Begriff "Geschäftsanteil" das gesamte Mitgliedschaftsrecht eines GmbH-Gesellschafters. Dieses Mitgliedschaftsrecht läßt sich aufspalten in die sogenannten Vermögensrechte (Recht auf Gewinnbeteiligung nach § 29 GmbHG, Recht auf Rückzahlung von Nachschüssen gem. § 30 II und Stammeinlagen nach einer Kapitalherabsetzung gem. § 58 II GmbHG, Recht auf den Liquidationserlös gem. § 72 GmbHG) und Herrschafts- bzw. Mitverwaltungsrechte (Recht auf Teilnahme an der Gesellschafterversammlung, Stimmrecht gem. § 47 GmbHG, Auskunftsrecht in Analogie zu den §§ 131 f AktG, Recht zur Anfechtung von Gesellschafterbeschlüssen gem. § 45 GmbHG etc.).

52a) Es sei hier bemerkt, daß eine solche einstweilige Verfügung zweckmäßig ist, gleichgültig, ob die Klage auf Ausschließung oder auf Verpflichtung zur Veräusserung des Geschäftsanteils gerichtet werden muß, also unabhängig von Klag- und Urteilsinhalt ist, was bedeutet, daß die Erörterung obiger Frage an dieser Stelle nicht verfrüht ist.

53) Nach unbestr. Ansicht, vgl. Rosenberg S.1107, gilt § 940 ZPO auch für nicht vermögensrechtliche Streitigkeiten.

54) Däubler S.5 m.w.N.; a.a.O. u.a. Feine S.373 und Würdinger S.244.

Auf die Suspendierung und evtl. Übertragung dieser zweiten Gruppe von Rechten auf einen Dritten ist die einstweilige Verfügung gerichtet, denn aus dieser Sphäre des Mitgliedschaftsrechtes erwachsen der GmbH möglicherweise die Schwierigkeiten. Entscheidend ist nun, welche Auswirkung die vorläufige Suspendierung der Mitverwaltungsrechte auf die Mitgliedschaft des auszuschließenden Gesellschafters hat. Es besteht darüber Einigkeit, daß der Gesetzgeber darüber keine zwingende Regelung getroffen hat, welche Rechte entziehbar sind und welche nicht [54a]. Trotzdem ist man sich auch darin einig, daß die Mitgliedschaft nicht in einem solchen Maße aller Rechte entkleidet werden kann, daß die daraus resultierende Gestaltung der Mitgliedschaft mit dem Wesen der GmbH unvereinbar wird, d.h. daß z.B. nicht sämtliche Herrschaftsrechte - in diesem Fall kann man dann nicht mehr von Mitgliedschaft, sondern nur noch von der Inhaberschaft eines Genußscheines sprechen [55] -, sämtliche Vermögensrechte oder das Anfechtungsrecht des einzelnen Gesellschafters entzogen werden können [55a]. Daraus folgt, daß einzelne Mitverwaltungsrechte entziehbar sind. Das nimmt man auch an im Hinblick auf das Stimmrecht [55b], wobei jedoch auch hier eine Grenze gesetzt ist: Das Anteilrecht am Liquidationserlös, das Teilnahmerecht an Gesellschafterversammlungen ohne das Recht allerdings, mitstimmen zu dürfen und das Recht auf Auskunft und Büchereinsicht müssen belassen werden. Werden diese Grenzen eingehalten, dann ist eine Stimmrechtsentziehung zulässig und ohne Einfluß auf das Mitgliedschaftsrecht. Es folgt hieraus, daß es auch zulässig sein muß, daß im Wege der einstweiligen Verfügung derartige begrenzte Einschränkungen der Mitverwaltungsrechte vorgenommen werden können, ohne daß der oben erwähnte Grundsatz bei der Ausschließung aus

54a) Vgl. Hachenburg-Schmidt Anm.21 zu § 14
55) Gonnella Diss. S.28 f, Baumbach-Hueck Anm.5 zu § 29.
55a) Hachenburg-Schmidt Anm. 7 a zu § 47 m.w.N.
55b) Hachenburg-Schmidt a.a.O.

einer oHG verletzt wird, der besagt, daß der endgültigen Ausschließung, die einem Verlust der Mitgliedschaft bei der GmbH entspricht, durch eine einstweilige Verfügung nicht vorgegriffen werden dürfe.

Fraglich ist, ob das einstweilen entzogene Mitverwaltungsrecht auf einen Dritten übertragen werden muß oder ob lediglich dessen Ruhen angeordnet werden kann.

Wenden wir uns zunächst der Möglichkeit der Übertragung auf einen Dritten zu. Einer der verbleibenden Gesellschafter scheidet zu diesem Zweck aus, denn von ihm wäre wohl kaum zu erwarten, daß er jene Rechte im Interesse des Auszuschließenden wahrnehmen würde. Man müßte sie also einem außenstehenden Dritten zur Wahrnehmung übertragen. § 938 ZPO gäbe dem Richter hierzu sicherlich die nötige Befugnis. Es erscheint aber als sehr fraglich, ob eine derartige Lösung den Interessen der verbleibenden Gesellschafter entspräche. Ein Dritter würde in ihre Verhältnisse eindringen und es wäre wohl nicht zu vermeiden, daß häufig sich dadurch zwei Parteien bilden würden, insofern nämlich die Befürworter der Ausschließung gegen ihn und die restlichen Gesellschafter mit ihm wären. Ein solcher Zustand widerspräche entschieden dem Gedanken der Neutralisierung des Geschäftsanteils des Auszuschließenden [56].

Das Ruhen eines Mitverwaltungsrechtes hingegen ist zumindest im Hinblick auf das Stimmrecht eines einzelnen Gesellschafters allgemein als zulässig anerkannt [56a]. Es bedeutet, daß das Stimmrecht nicht ad infinitum ausgeschlossen ist, sondern bei Eintritt bestimmter Umstände voll wieder

---

56) So schon Scholz Mon. S.32, wenn auch im Zusammenhang mit der Frage, ob allein die Absprechung der Mitverwaltungsrechte genüge und der vollständigen Ausschließung vorzuziehen sei.

56a) Vgl. Zöllner S.130 m.w.N.

auflebt. Das wirft für die Beschlußfassung auch in den Fällen keine Probleme auf, in denen eine bestimmte Quote des vorhandenen Stammkapitals verlangt wird, wenn man den vorhandenen Stimmen den auf sie entfallenden Bruchteil der ruhenden Stimmen zurechnet[56b]. Da also ein solches Ruhen von Mitverwaltungsrechten - zumindest im Hinblick auf das Stimmrecht und damit in Bezug auf den hier wichtigsten Fall - möglich ist und damit die aufgezeigten unliebsamen Folgen einer Übertragung solcher Rechte auf einen Dritten vermieden werden, ist dieses die geeignete Rechtsfolge im Zusammenhang der Entziehung von Mitverwaltungsrechten durch eine einstweilige Verfügung im Zeitraum zwischen Gesellschafterbeschluß und dem endgültigen Ausscheiden des lästigen Gesellschafters.

56b) So Zöllner S.143.

§ 6 DER MATERIELLRECHTLICHE VORGANG DER AUSSCHLIESSUNG: ART, INHALT UND WIRKUNGEN DES AUSSCHLIESSUNGSURTEILS

I. Bisher vertretene Lösungen

Die Darstellung beschränkt sich auf diejenigen Vorschläge, die ein Ausschließungsurteil in der einen oder anderen Form für erforderlich halten und die sich im Rahmen des geltenden Rechtes bewegen [1]. Auf einen historischen Überblick über die Entwicklung des Problems in Rechtsprechung und Literatur wird verzichtet, da es bereits genügend andere Darstellungen dieser Art gibt [2].

1. Die Lösung des BGH

a) Darstellung

aa) Das bedingte Ausschließungsurteil (erfunden in BGHZ 9, 157)

aaa) Inhalt des Urteils

Der Bundesgerichtshof ist der Ansicht, es habe im Normalfall ein bedingtes Gestaltungsurteil zu ergehen, d.h. er knüpft die Ausschließung eines lästigen GmbH-Gesellschafters an die Bedingung, daß er erst dann ausgeschlossen wird, wenn er innerhalb einer vom Gericht zu bestimmenden, dem Einzelfall angemessenen Frist ein Entgelt in im Prozeß festzulegender Höhe für seinen Geschäftsanteil erhält.

Trotz Vorliegens eines wichtigen Grundes ist nach Ansicht des BGH die Ausschließungsklage dann abzuweisen, wenn offensichtlich ist, daß die Ausschließung überhaupt nicht oder nicht in angemessener Zeit

---

1) Bezügl. Vorschläge de lege ferenda vgl. unten § 10.

2) Vgl. z.B. Metzger Diss. S. 5 - 9.

durchführbar ist [2a]. Das sei besonders dann der Fall, wenn nur die Möglichkeit der Kapitalherabsetzung bestehe und diese in einem Ausmaß durchgeführt werden müßte, die den § 58 II, 5 I, 3 GmbHG (Erhaltung des Mindeststammkapitals) widersprechen würde.

bbb) Urteilswirkungen

Das Urteil selbst hat trotz formeller Rechtskraft zunächst noch keinerlei Einfluß auf die Rechtsstellung des auszuschließenden Gesellschafters, denn es ist ja ein b e d i n g t e s Gestaltungsurteil. Erst mit Eintritt der Bedingung verliert der Gesellschafter seine Gesellschafterstellung, d.h. seinen Geschäftsanteil. Bis zu diesem Zeitpunkt hat er ein Wahlrecht, den Geschäftsanteil frei zu veräußern. Er behält also bis zum Eintritt der Gestaltungswirkung, die hier ausnahmsweise nicht mit dem Zeitpunkt der formellen Rechtskraft zusammenfällt, seine volle Inhaberstellung.

Gleichzeitig mit dem Verlust des Geschäftsanteils fällt dieser an die GmbH. Wie dieser Anfall dogmatisch einzuordnen ist, hat der BGH nicht näher ausgeführt. Dazu wurden verschiedene Vorschläge gemacht:

- Hartmann [3] und Ganßmüller [3a] sind der Ansicht, die Gesellschaft erwerbe den Geschäftsanteil als eigenen ohne besonderen Übertragungsakt. § 33 II GmbHG sei als Sollvorschrift kein Hindernis, zumal der Erwerb hier lediglich ein vorübergehender, d.h. bis zur Verwertung andauernder ist.

2a) BGHZ 9, 175.

3) GmbH-Rdsch. 1962 S.9.

3a) GmbH-Rdsch. 1963 S.65.

- Mezger [4] meint, der Geschäftsanteil falle wie bei der Kaduzierung an die Gesellschaft zu treuen Händen. Diese habe dann die alleinige Befugnis, aber auch Aufgabe, ihn zu verwerten. Wolle die Gesellschaft den Anteil als eigenen behalten, so bedürfe dies eines besonderen Übertragungsaktes.

ccc) Verwertungsmöglichkeiten

Mit Bedingungseintritt hat die Gesellschaft wahlweise das Recht, den Geschäftsanteil abzutreten oder ihn einzuziehen.

Folgt man in Bezug auf den Anfall des Geschäftsanteils der Meinung Hartmanns und Ganßmüllers [5], so macht die Begründung des Vorganges der Abtretung keine Schwierigkeiten, denn dann ist ja die GmbH durch den Anfall bei Bedingungseintritt Inhaberin des Geschäftsanteils geworden. Mezger [6] zieht zur Begründung der Abtretung § 185 BGB heran.

Schwierigkeiten bereitet die Begründung für die Einziehung des Geschäftsanteils als Verwertungsmöglichkeit. Auch hier hat sich der BGH zur Frage der dogmatischen Einordnung der Einziehung nicht geäußert. Jedoch hat Gonnella [7] versucht, eine Rechtsgrundlage für die Einziehung zu liefern mit dem wenig befriedigenden Ergebnis, daß man hier nur im Wege der Rechtsfortbildung weiterkomme und zwar mit denselben Argumenten, die man auch für die Begründung der Ausschließbarkeit verwendet habe. Es sei nämlich "widersinnig, im Wege der Rechtsfortbildung das Rechtsinstitut der Ausschliessung eines GmbH - Gesell-

---

4) Diss. S. 63 f und in GmbH-Rdsch. 1963 S. 64.
5) Vgl. Fn. 3 und 3a.
6) S. Fn. 4.
7) Diss. S. 72 ff.

schafters durch Ausschlußurteil zu entwickeln, die Maßnahmen hingegen, die der Durchführung der Ausschließung dienen, bei den Erörterungen über die Zulässigkeit eines solchen Rechtsinstituts außer Betracht zu lassen". [7a] Eine Abänderung des Gesellschaftsvertrages zugunsten der Zulässigkeit der Einziehung wäre nur mit Zustimmung des Auszuschließenden möglich.

Voraussetzungen der Verwertung durch Einziehung sind neben dem Ausschlußurteil

- das Vorhandensein der das Stammkapital überschreitenden notwendigen Reserven, um die Abfindung leisten zu können (§ 30 I), - andernfalls hilft nur eine Kapitalherabsetzung gem. § 58, die ein sehr langwieriger Prozeß ist [8] -
- und die volle Einbezahlung des Stammanteils (§§ 34 III, 19 II, 33 I GmbHG) [9]. Das bedeutet, daß die Einziehung des Geschäftsanteils dessen Stammanteil nicht voll einbezahlt ist, wegen der damit verbundenen immensen Verzögerung wohl kaum in Betracht kommt.

Die Einziehung hat zur Folge, daß die Mitgliedschaft des Gesellschafters entfällt, gleichzeitig aber das Stammkapital unverändert bleibt, sich aber die Geschäftsanteile der verbleibenden Gesellschafter entsprechend ihren Beteiligungsquoten vergrößern [10].

bb) Das unbedingte Ausschließungsurteil

Nach Ansicht des BGH ergeht das Ausschließungsurteil immer dann als bedingungsloses Gestaltungs-

---

7a) Gonnella S.73.

8) Die von Mangold vertretene Meinung S.1145, der Einwand, daß das über das Stammkapital hinausgehende Vermögen zur Abfindung nicht ausreiche, sei unzulässig, weil hierfür die Gesellschafter nach dem Verhältnis ihrer Kapitalanteile haften müssten, ist abzulehnen, da sie jeglicher gesetzlicher Grundlage entbehrt.

9) Gonnella Diss. S.74.

10) Ders. S.78.

urteil, d.h. der Ausschluß erfolgt mit Eintritt der formellen Rechtskraft, wenn die Zahlung des Gegenwertes des Geschäftsanteils des Auszuschliessenden gesichert ist [11] und darüber hinaus in folgenden Sonderfällen:

- wenn der Auszuschließende seiner Pflicht zur Mitarbeit bei der Wertermittlung des Geschäftsanteils nicht nachkommt [12] oder
- wenn der Anteil keinen Wert hat.

Auch hier hat sich der BGH eine dogmatische Einordnung der recht schwierigen Fragen im Zusammenhang mit dem Anfall des Geschäftsanteiles und seiner Verwertung erspart.

Was den Anfall des Geschäftsanteils an die Gesellschaft anbetrifft, geht der BGH ohne Begründung davon aus, daß dieser mit Rechtskraft des Urteils automatisch erfolge. Das verstößt im Falle des § 33 I sicherlich gegen das GmbHG und ist als Sonderfall lediglich in § 27 III GmbHG vorgesehen[13]. Es wurden in diesem Zusammenhang aber auch noch andere Vorschläge gemacht. So wurde behauptet, der Geschäftsanteil werde mit Eintritt der Rechtskraft inhaberlos [14]. Gonnella meint [15], der Geschäftsanteil verbleibe vorerst noch als Genußschein, d.h. ohne Herrschaftsrechte [16], im Besitz des "Ausgeschlossenen".

---

11) Dazu gehört auch der Fall, daß der Wert des Geschäftsanteils voll hinterlegt ist.

12) BGHZ 16, 317.

13) Vgl. Gonnella Diss. S. 20 ff. Diesen Bedenken schließt sich der Verfasser an.

14) So Rudolf Fischer S. 385. Dagegen Gonnella, der darauf hinweist, daß diese Rechtsfolge dem Kaduzierungsverfahren vorbehalten sei, und die Ausschließung damit nicht vergleichbar sei.

15) Diss. S. 26.

16) Vgl. oben § 5 III 4.

Auch in diesem Fall (unbedingtes Ausschließungsurteil) kommen als Verwertungsmöglichkeiten die Veräußerung und die Einziehung in Betracht:

Eine Veräußerung macht nach Gonnella[17] deswegen Schwierigkeiten, weil der "Ausgeschlossene" nur noch einen auf den Kapitalanteil verkümmerten Geschäftsanteil besitzt. Nach der h.M.[18] aber geht bei einer Übertragung nach § 15 GmbH das gesamte Mitgliedschaftsrecht über; dieses besitzt der "Ausgeschlossene" aber nicht mehr. Hier hilft sich Gonnella[19] damit, daß er einfach behauptet, es bestehe eine absolute Notwendigkeit für die Veräußerungsmöglichkeit durch den "Ausgeschlossenen"; im übrigen handle es sich ja nur um eine vorübergehende Trennung zwischen Mitgliedschaft und Mitgliedschaftsstelle. Ferner habe das Urteil nur die Gestaltungswirkung, daß der Gesellschafter als P e r s o n aus der Gesellschaft ausgeschlossen werde; seine Entscheidungsbefugnis nach den §§ 134 - 36 BGB werde dadurch nicht beeinflußt[20]. Eine untragbare Situation entstehe nur dann, wenn der "ausgeschlossene" Gesellschafter auf die Veräußerung verzichte, denn eine dauernde Trennung von Kapitalanteil und Gesellschafterstellung sei nicht möglich. In diesem Fall müssten die Gesellschafter das Recht haben, den Geschäftsanteil einzuziehen, denn sie könnten ja die Struktur der Gesellschaft bestimmen [21]. Falls eine Einziehung oder Veräußerung nicht möglich sind, will Gonnella die Möglichkeit der Auflösungsklage gewähren [22].

---

17) Diss. S. 32 ff.
18) Vgl. Zitate bei Gonnella Diss. S. 33 f.
19) Diss. S. 44 f.
20) A.a.O. S. 46.
21) A.a.O. S. 47.
22) A.a.O. (Fn. 21).

Weniger schwierig gestaltet sich für Gonnella die Begründung der Einziehung als Verwertungsform bei bedingungslosem Ausschließungsurteil [23]: Da der "Ausgeschlossene" nicht mehr Gesellschafter ist, sondern nur noch Genußscheininhaber, ist die Einführung der Einziehung durch entsprechende Gesellschaftsvertragsänderung kein Problem, weil ja die Zustimmung des "Ausgeschlossenen" hierzu nicht mehr notwendig ist.

b) Kritik

Nur eine schwache Minderheit in der Literatur hat sich der Lösung des BGH angeschlossen [24]. Überwiegend stieß sie aus den verschiedensten Gründen auf Ablehnung [25]. Diese Gründe sollen im folgenden systematisch zusammengefaßt werden.

aa) Prozeßrechtliche Bedenken

Der BGH [26] selbst stellt fest, die Tatsache, daß die rechtsgestaltende Wirkung des Urteils nicht mit der Rechtskraft, sondern bei Ausfall der Bedingung gar nicht und bei Eintritt der Bedingung erst hiermit eintreten solle, ungewöhnlich sei, geht aber über diese Feststellung ohne weitere Ausführungen mit dem Hinweis hinweg, eine solche Regelung sei aber dennoch nicht ausgeschlossen.

Es erscheint jedoch als sehr fraglich, ob ein derartiges, bedingtes Gestaltungsurteil in prozeßrechtlicher Hinsicht zulässig ist. Die überwiegende Ansicht der Lehre geht dahin, die Fälle von

---

23) Diss. S. 74.

24) Z.B. Schneider S. 74, Freund S. 16, Schön S. 58.

25) U.a. Scholz GmbH-Rdsch. 1953 S. 75, Vogel BB 1953 S. 460, Mangold BB 1953 S. 399, Hueck Betr. 1953 S. 777, Hachenburg-Schmidt Anm. 18a zu § 34, Rob. Fischer Fschr.S.127, Kühn S. 35 f, Mezger Diss. S.83.

26) BGHZ 9, 174.

bedingten Urteilen in der ZPO (z.B. § 510 b) als Ausnahmen zu betrachten. Dabei ist für diese Ausnahmefälle jeweils ein Verfahren gesetzlich vorgesehen, wie die Bedingung zu erfüllen ist und welche Wirkungen bei Erfüllung eintreten. Eine Erweiterung der Zahl der bedingten Urteile ist nach überwiegender Ansicht abzulehnen mit der Begründung, daß solche Urteile gegen den Grundsatz verstoßen, der in den §§ 300 ff ZPO zum Ausdruck kommt, daß ein Urteil nämlich erst bei Entscheidungsreife ergehen soll [27].

Es ist in diesem Zusammenhang auch auf den Grundsatz zu verweisen, daß Gestaltungserklärungen im Interesse der Beteiligten bedingungsfeindlich sind [28]. Dieser Grundsatz ist auch auf Gestaltungsklagen anwendbar.

Schön nimmt entgegen der h.M. an, daß ein bedingtes Gestaltungsurteil zulässig sei [29]. Er geht unrichtigerweise (s.o.) davon aus, bedingte Urteile würden nur deshalb als unzulässig abgelehnt, weil dadurch eine untragbare Unsicherheit in das Vollstreckungsverfahren komme. Da es ein solches beim Gestaltungsurteil aber nicht gebe, sei die Unsicherheit auch kein Grund, bedingte Gestaltungsurteile abzulehnen. In Analogie zu § 259 ZPO müsse man von einer allgemeinen Zulässigkeit bedingter Gestaltungsurteile ausgehen, die auch für den hier vorliegenden Fall gegeben sei. Zumindest der letzten Feststellung muß widersprochen werden, insofern es sich nämlich bei § 259 und dem bedingten

---

27) So schon Stein DJZ 1913 S. 38, Wieczorek Anm. C II b 3 zu § 300, Stein-Jonas Anm.III 3 vor § 300, ohne Stellungnahme das BGH-Urteil vom 1.4.1953 wiedergebend Rosenberg § 85 II 1 c.

28) Vgl. z.B. Staudinger-Coing Anm.6 e vor § 158.

29) S. 88 ff.

Gestaltungsurteil beim Ausschluß eines GmbH-Gesellschafters um unvergleichbare Tatbestände handelt. Das Spezifische in § 259 ZPO ist, daß trotz eines erst nach Prozeßende entstehenden Anspruches ein Urteil über diesen ergehen kann, während mit Rechtskraft des Ausschlußurteils des BGH der Anspruch auf Ausschließung eindeutig feststeht. Eine analoge Anwendung von § 259 ZPO kommt also für diesen Fall nicht in Frage.

Selbst Mezger [30], der in der Verknüpfung von Ausschluß und Abfindung eine Rechtsbedingung [31] sieht, und damit von dem Grundsatz ausgehen kann, daß man Urteile, die unter einer Rechtsbedingung ergehen, im allgemeinen für zulässig hält, kommt zu dem Ergebnis, daß das bedingte Gestaltungsurteil der hier vorliegenden Art unzulässig ist, weil man es mit den üblichen Fällen aus den eben genannten Gründen nicht vergleichen kann.

bb) Materiellrechtliche Schwierigkeiten

Der BGH hat es sich sowohl im Falle des bedingungslosen Ausschließungsurteils als auch im Falle der bedingten Ausschließung sehr einfach gemacht, indem er sich nämlich um eine dogmatische Einordnung der Folgen der Ausschließung und der Verwertungsmöglichkeiten überhaupt nicht bemühte.

Aber auch die oben [32] kurz dargestellten Vorschläge und Begründungsversuche hierfür sind nicht überzeugend: So ist kaum zu sehen, welche Berechtigung

---

30) Diss. S. 73 ff

31) Gem. § 242 BGB könne der Ausschluß nur unter der Bedingung der Zahlung des vollen Gegenwerts des Geschäftsanteils erfolgen, um den GmbH-Gesellschafter, was seine Sicherheit anbetreffe, nicht schlechter zu stellen als in vergleichbaren Fällen (BGB-Gesellschaft, oHG, KG, § 34 GmbHG). Ob § 242 BGB zur Begründung dafür ausreicht, daß man annimmt, bei der Zahlung des Entgelts handle es sich um eine Rechtsbedingung, erscheint sehr fraglich.

32) Unter aa).

die Meinung haben soll, auch beim unbedingten Ausschließungsurteil werde der Gesellschafter nicht sofort gänzlich ausgeschlossen, sondern es verbleibe ihm immer noch die Stellung eines Genußscheininhabers, wenn man in Betracht zieht, welche Schwierigkeiten dann die Veräußerung des Geschäftsanteils macht [33]. Als Argument bleibt den Vertretern dieser Ansicht nur noch übrig, die absolute Notwendigkeit zur Veräußerung rechtfertige hier eine Rechtsfortbildung [34].

Ebensowenig überzeugend ist die Lösung der Problematik bei der Einziehung im Falle des bedingten Ausschließungsurteils: Auch hier handelt es sich um nichts anderes als eine Art freier Rechtsschöpfung, wenn man die Einziehung mit der Notwendigkeit der Rechtsfortbildung rechtfertigt und das die alleinige Grundlage bleibt.

Nicht einleuchtender sind die Erklärungsversuche für den "Anfall" des Geschäftsanteils. Wenn Mezger [35] die Rechtsfolge des § 21 GmbHG heranzieht, so dient das der Klärung der Sache nicht, da gerade auch dort die Rechtsfolge (der Kaduzierung) umstritten ist.[36]

Im übrigen handelt es sich bei der Lösung des BGH um eine singuläre Neuschöpfung, denn nirgends in vergleichbaren Tatbeständen - weder bei den Personalgesellschaften noch in den Fällen der §§ 38 I, 52 GmbHG, 84 III, 103 Akt.G. oder bei der Kündigung eines Dienstvertrages - findet eine derartige Koppelung zwischen Rechtsverlust und

33) S. oben a) 2 b).

34) Gonnella Diss. S. 44 f.

35) S.o. a) aa) ccc).

36) Vgl. z.B. Baumbach-Hueck Anm. 3 D zu § 21. Es ist außerdem nicht ersichtlich, wer der Treugeber sein soll, wenn Mezger annimmt, der Geschäftsanteil falle zu treuen Händen der Gesellschaft; vgl. für die Kaduzierung ebenso Hachenburg-Schmidt Anm. 26 zu § 21.

Entgelt statt [37]. Diese Lösung erstaunt umsomehr, als der BGH bei der Begründung der Ausschließbarkeit eines GmbH-Gesellschafters aus wichtigem Grund von einem allgemeinen Rechtsgrundsatz ausging und in diesem Zusammenhang die genannten Vorschriften zum Teil ausdrücklich erwähnte und zur Begründung heranzog.

cc) Interessengerechte Lösung?

Das Interesse der Gesellschaft und der verbleibenden Gesellschafter an einer möglichst schnellen Durchführung der Ausschließung wird bei der Lösung des BGH - zumindest im Falle des bedingten Ausschließungsurteils - vernachläßigt [38]. Der Hauptgrund für die Überbewertung der Interessen des Auszuschließenden liegt in der Hereinnahme der Abfindungsfrage in den Prozeß. Dadurch wird sich bereits bei der Wertermittlung des Geschäftsanteils, die notwendigerweise von einem Sachverständigen vorgenommen werden muß, eine starke Verzögerung des Verfahrens schon in der Tatsacheninstanz nicht vermeiden lassen. Danach haben die Parteien - zumindest theoretisch - die Möglichkeit, das Verfahren durch zwei weitere Instanzen zu ziehen. Das dann schließlich erkämpfte rechtskräftige, letztinstanzliche Urteil hat aber noch nicht die Wirkung der Ausschließung, sondern jetzt hat sich die Gesellschaft für das geeignete Verwertungsmittel zu entscheiden und, erst wenn dieses Verfahren erfolgreich abgeschlossen ist, kann sie den Gesellschafter abfinden, um damit schließlich der Ausschließung zur Wirksamkeit zu verhelfen. Als eine einfache, die Interessen der

37) Hierauf hat vor allem Scholz, Komm. Anm.65 zu § 15 aufmerksam gemacht; ebenso in GmbH-Rsch. 1953 S. 76.

38) So die beinahe einhellige Meinung in der Literatur: vgl. Scholz GmbH-Rsch. 1953 S.75, Rob. Fischer Fschr. S. 127, Hueck Betr. 1953 S. 777, Vogel BB 1953 S. 461, Wolff S. 82.

Gesellschaft auch nur im geringsten berücksichtigende Lösung kann dieses Ausschließungsverfahren nicht bezeichnet werden.

Bei der Erörterung der Frage der Berücksichtigung der Interessen der am Ausschließungsverfahren Beteiligten durch die Lösung des BGH wird zum Teil auch die Meinung vertreten, es sei unbillig, daß bei dieser Lösung die Gefahr bestehe, daß der Auszuschließende auch dann die Prozeßkosten tragen müsse, wenn er letzten Endes doch nicht ausgeschlossen werde, weil die Gesellschaft z.B. die im Urteil enthaltene Frist für die Abfindung nicht einhalten konnte [39]. Dieser Beurteilung kann nicht zugestimmt werden, wenn man berücksichtigt, daß es schließlich der Auszuschließende war, der mit dem wichtigen Grund die Ursache für das Ausschließungsverfahren gesetzt hat.

dd) Sonstige Nachteile der Lösung des BGH

Der BGH gibt auf die Frage, was geschehen solle, falls die Abfindung des Auszuschließenden nicht fristgerecht erfolgt, keine Antwort. Zu recht wird ihm daher der Vorwurf gemacht, dadurch schaffe er einen Zustand der Verewigung der bedingten Ausschließung [40]. Wenn keine neuen Gründe vorliegen, ist aus Rechtskraftgründen auch ein neues Ausschließungsverfahren nicht möglich. Es ergibt sich daher die Notwendigkeit einer wenigstens einmaligen Verlängerungsmöglichkeit der Frist zur Zahlung des Entgelts [41].

---

39) So Hueck Betr. 1953 S. 777, Wolff S. 82 .

40) Seydel GmbH-Rsch. 1953 S. 149.

41) So vorgeschlagen von Gaßmüller GmbH-Rsch. 1956 S. 150.

Der BGH ist ferner der Ansicht, der Auszuschliessende habe bis zum Wirksamwerden seiner Ausschliessung das Recht, seinen Geschäftsanteil kraft der ihm verbleibenden Inhaberschaft zu verkaufen und abzutreten. Das wirkt sich natürlich bei der möglicherweise sehr langen Zeitspanne zwischen Einleitung des Ausschließungsverfahrens durch Gesellschafterbeschluß und Zahlung des Entgelts in der den Interessen der Gesellschaft nicht förderlichen Gefahr aus, daß der Auszuschließende seinen Geschäftsanteil an einen Strohmann veräußert, um auf diese Weise seinen Einfluß auf die Gesellschaft zu behalten. Der BGH lehnt trotzdem eine Einschränkung des Grundsatzes der Veräußerlichkeit des Geschäftsanteils ab und verweist auf die Möglichkeit eines neuen Ausschliessungsverfahrens. Dadurch wird der Strohmanngefahr natürlich nicht abgeholfen, denn derartige Ausschließungsverfahren könnte man ad libitum et infinitum fortsetzen. Die Ansicht des BGH steht auch im Widerspruch mit seinen Ausführungen an einer anderen Stelle des Grundsatzurteils, wo gesagt ist, daß der auszuschließende Gesellschafter wegen des Vorliegens eines wichtigen Grundes und, nach Rechtskraft des Urteils, auch noch wegen des Rechtsgedankens der §§ 160, 162 BGB Maßnahmen, die der Durchführung seines Ausschlusses dienen, nicht vereiteln dürfe [42]. Der BGH hat das im Zusammenhang einer zu Abfindungszwecken notwendigen Kapitalherabsetzung festgestellt. Dieser Gedanke müsste aber vom BGH konsequenterweise genauso auf die Veräußerung des Geschäftsanteils an einen Strohmann angewandt werden mit dem Ergebnis, daß eine derartige Veräußerung nicht rechtswirksam wäre.

---

42) BGHZ 9, 176.

Ein sehr schwieriges Problem in diesem Zusammenhang ist die Frage, ob der Erwerber des GmbH-Anteils eines Auszuschließenden ein so gearteter Strohmann ist, daß sein Erwerb verhindert werden mußte. In der Untersuchung von Kuhn über die Strohmanngründung bei Kapitalgesellschaften [42a] findet sich u.a. die Bemerkung, daß die Skala von Abwandlungen, was die Abhängigkeit vom Hintermann und die Machtbefugnisse des Strohmannes angehe, sehr breit sei. Obwohl diese Feststellung in Bezug auf die Gründung von Kapitalgesellschaften getroffen wurde, dürfte sie sich auf den Erwerb von Geschäftsanteilen durch Strohmänner übertragen lassen. Man kann nun nur ganz allgemein die Feststellung treffen, daß ein Bedürfnis nach Verhinderung des Strohmannerwerbes lediglich dann gegeben ist, wenn feststeht, daß der Erwerb des Strohmannes den wichtigen Grund, der die übrigen Gesellschafter zur Erhebung der Ausschließungsklage berechtigt hätte, fortbestehen lassen würde. Dies aber im Moment des Erwerbes festzustellen, dürfte im Einzelfall sehr schwierig sein. Allgemeine Kriterien lassen sich hier überhaupt nicht aufstellen. Es mag sein, daß der BGH in Anbetracht dieser Schwierigkeiten die oben wiedergegebene Meinung vertritt.

42a) Vgl. in diesem Zusammenhang S.73 ff (82).

2. Huecks Vorschlag

a) Darstellung

Hueck [43] vertritt die Ansicht, bei Eintritt der formellen Rechtskraft des Ausschließungsurteils verliere der Gesellschafter die Befugnis zur Ausübung seiner Gesellschafterrechte (u.a. das Stimmrecht und das Recht auf Gewinnanteil). Es verbleibe ihm zunächst noch der Geschäftsanteil als Vermögenswert ohne sonstige Gesellschafterbefugnisse und ohne Gewinnrecht, aber mit der Verpflichtung zur Abtretung oder Überlassung des Geschäftsanteils zur Einziehung gegen Zahlung des entsprechenden Entgelts. Der Gesellschafter habe einen Anspruch auf Auflösung, falls keine rechtzeitige Auszahlung des Entgelts erfolge. Mit diesem Vorschlag glaubt Hueck die Interessen sowohl der Gesellschaft an einer raschen Klärung des Ausschließungsstreites und einer Beseitigung der Möglichkeit für den auszuschließenden Gesellschafter, auf die Betätigung der Gesellschaft einen nachteiligen Einfluß auszuüben, als auch die Interessen des Auszuschließenden an vermögensmäßiger Sicherung mit der Gewährung eines Anspruches auf vollen Wertersatz bzw. Liquidationserlös berücksichtigt zu haben [44].

b) Kritik

Es ist Hueck zuzugeben, daß er damit die gewagte Konstruktion eines bedingten Gestaltungsurteils vermeidet und die Interessen der Gesellschaft und der verbleibenden Gesellschafter weitgehend schützt: Aber auch die Konstruktion Huecks leidet an verschiedenen Nachteilen:

---

43) Betr. 1951 S.109, Betr. 1953 S.778, Baumbach-Hueck Anm. 2 B Einf. zu § 34.

44) Ähnlich Fichtner S.149: Er nimmt an, daß mit Rechtskraft des Ausschließungsurteils die Gesellschafterrechte ruhen bis der Geschäftsanteil nach Wahl der Gesellschaft

Sie berücksichtigt in zweierlei Hinsicht die Interessen des auszuschließenden Gesellschafters nicht. Zum einen hat er nach Hueck keinen Anspruch mehr auf Gewinnbeteiligung, was nichts anderes bedeutet, als daß zwar die verbleibenden Gesellschafter mit seinem Kapital arbeiten, ohne daß er darauf einen Einfluß hat, er aber einen Anteil am Gewinn nicht haben, sehr wohl jedoch an einem evtl. Verlust mittragen soll. Hueck billigt ihm auch keinen Einfluß bei der Aufstellung der Abschichtungsbilanz zu, was sich natürlich insbesondere im Falle der Ausschließung des Mehrheitsgesellschafters sehr unbillig auswirkt [45]. Zum andern gewährt Hueck der Gesellschaft die Verwertungsmöglichkeit der Einziehung. Das bedeutet, daß der Gesellschafter mit der Einziehung den Geschäftsanteil verliert, dafür aber lediglich einen Abfindungsanspruch unter den Voraussetzungen der §§ 19 II, 30 GmbHG "einhandelt". Man kann daher sagen, daß die Hueck'sche Lösung die Interessen des ausscheidenden Gesellschafters in untragbarer Weise vernachlässigt [45a].

Bei allen Vorschriften, die einen Ausschluß aus einem Zusammenschluß mehrerer Personen vorsehen, kann man übereinstimmend feststellen, daß der Verlust der kapitalmäßigen Beteiligung mit dem Akt der Ausschließung zusammenfällt. Gegen den sich hierin manifestierenden Grundsatz verstößt der Vorschlag Huecks ebenfalls [46].

Es erscheint zudem nicht folgerichtig, daß Hueck dem ausgeschlossenen Gesellschafter einen Anspruch auf Auflösung zubilligt, obwohl dieser

---

verwertet wird. Der endgültige Verlust trete erst Zug um Zug gegen Zahlung des Entgelts ein. Der unerfreuliche Schwebezustand könne durch die Erhebung der Klage auf Entschädigung oder Auflösung beendet werden.

45) So vor allem Rob. Fischer Fschr.S.129 f

45a) Ebenso Hachenburg-Schmidt Anm. 18 a zu § 34.

46) Mezger Diss. S. 50 f.

keine Mitverwaltungsrechte mehr innehaben soll. Es besteht auch hier die Gefahr, daß sich das Ausschließungsverfahren stark verzögert, dann nämlich, wenn ein zweiter Prozeß auf Abtretung des Geschäftsanteils notwendig wird, falls sich der ausgeschlossene Gesellschafter weigert, seine Zustimmung hierzu zu erteilen [47].

Schließlich fehlt dem Vorschlag Huecks ebenso eine Grundlage im Gesetz wie der gewagten Konstruktion des BGH.

3. Wolffs Vorschlag

a) Darstellung

Wolff [48] ist ebenso wie Hueck der Meinung, daß der ausscheidende Gesellschafter mit Rechtskraft des Ausschließungsurteiles seinen Geschäftsanteil verliere. Sie geht jedoch insofern über Hueck hinaus, als sie einen vollständigen Verlust annimmt, der zur Folge hat, daß der Geschäftsanteil ohne Rechtsträger fortbesteht, der Gesellschaft allerdings ein Verfügungsrecht über ihn zusteht. Es wird also die Rechtsfolge der Kaduzierung herangezogen. Damit glaubt Wolff den Interessen der Gesellschaft und verbleibenden Gesellschafter zu dienen.

Für weniger schützenswert hält sie offensichtlich die Interessen des Ausgeschlossenen, wenn sie darauf hinweist, daß es durchaus gängig sei, daß derjenige, der einen vergleichbaren Rechtsverlust erleide, dafür keine Sicherheit erhalte.

47) Darauf weist insbesondere Ganßmüller hin, GmbH-Rdsch. 1956 S. 149.

48) S. 91 ff.

So sei es z.B. im Falle des Ausschlusses aus einer oHG, wo es durchaus möglich sei, daß weder die oHG noch die einzelnen Mitgesellschafter zur Zahlung in der Lage seien. Im übrigen aber sei der Ausgeschlossene dadurch genügend gesichert, daß ihm der Zugriff auf den Erlös bei Veräußerung oder auf den Geschäftsanteil selbst nicht verwehrt sei.

Wolff glaubt auch, es sei ein neuer Vorschlag, wenn sie meint, die Ausschließungsklage sei dann abzuweisen, wenn schon während des Prozesses feststehe, daß die GmbH wahrscheinlich niemals zur Zahlung des Entgelts fähig sein werde und dies vom Beklagten substantiiert vorgetragen wird. Die Notwendigkeit der Klagabweisung folge aus der gesellschaftlichen Treupflicht, gegen die die Gesellschaft verstoßen würde, wenn sie die Ausschließung betriebe, ohne sich über die Entschädigungsmöglichkeit zu vergewissern. Im übrigen werde durch diesen Vorschlag keine Hintertür geöffnet, um im Prozeß die Höhe des Wertes des Geschäftsanteils zu klären (wie beim Vorschlag des BGH); vielmehr gehe es lediglich um die ohne Schwierigkeit festzustellende Zahlungsfähigkeit der GmbH.

b) Kritik

Der Vorschlag, daß die Klage abzuweisen sei, falls schon während des Prozesses feststehe, daß die Gesellschaft zur Zahlung eines Entgelts nicht in der Lage sein wird, ist nicht neu. Dieser Gedanke ist bereits im Grundsatzurteil des BGH enthalten[49], wenn er auch vom BGH abgelehnt wird. Ebenso wie dort muß dazu bemerkt

---

49) BGHZ 9, 175; s. auch o. I 1 a) aa).

werden, daß die Zahlungsfähigkeit der GmbH natürlich relativ einfach ermittelt werden kann, daß dies aber keineswegs ein absolutes Indiz dafür ist, der auszuschließende Gesellschafter werde nicht zu seinem Entgelt kommen, nämlich dann z.B. nicht, falls sich die Gesellschaft für die Veräußerung des Geschäftsanteils als Verwertungsform entscheiden sollte. Dann ist während der Dauer des Prozesses noch nicht zu sagen, ob sich ein Käufer für den Geschäftsanteil finden wird.

Die Feststellung, es sei durchaus gängig, daß in vergleichbaren Fällen von Rechtsverlusten (etwa § 140 HGB) keine Sicherheit geboten würde, liegt neben der Sache. Es ist nämlich nicht ausschlaggebend, ob z.B. im Falle des § 140 HGB die oHG oder die Mitgesellschafter im Einzelfall nicht zahlungsfähig sind - das ist natürlich immer möglich - , sondern daß hier dem Ausgeschlossenen potentiell neben dem Vermögen der oHG weitere Haftungsobjekte, nämlich die Vermögen der Mitgesellschafter zur Verfügung stehen.

Die trotz allem vorgeschlagene Sicherheit für den Ausgeschlossenen weist verschiedene Mängel auf:

- Die Möglichkeit des Zugriffes auf den Erlös setzt voraus, daß der Gesellschafter sich sofort einen Titel wegen seines Anspruchs auf Entgelt erstreitet, um den Erlös im Falle der Veräußerung des Geschäftsanteils sofort pfänden zu können. Das Ausschließungsurteil kann er nicht zu diesem Zweck verwenden, denn es enthält nur einen Ausspruch über die Ausschließung. Der Zugriff auf den Erlös ist also mit einem neuen Prozeß verbunden.

- Die Pfändung des Geschäftsanteils dürfte im Falle der Einziehung desselben durch die Gesellschaft sehr schwierig bzw. unmöglich sein. Denn die Rechtsfolge der Einziehung ist der Untergang des Geschäftsanteils und eine Pfändung, die auch hier wieder nur nach Erstreiten eines Titels möglich ist, dürfte in den meisten Fällen ins Leere gehen, da sie zu spät kommen wird.

Man kann also feststellen, daß der von Wolff vorgeschlagene Weg für die Durchführung der Ausschließung nicht befriedigend ist.

II. Gemeinsame Mängel

1. Kein billiger Interessenausgleich

Die Konstruktion des bedingten Gestaltungsurteils führt zu einer Überbetonung der Interessen des auszuschließenden Gesellschafters, insbesondere durch die hiermit verbundene Verzögerung, die sich aus der Aufnahme der Wertermittlung betr. den Geschäftsanteil in den Prozeß ergibt, und die Verschiebung der endgültigen Ausschließung bis zum Empfang des Entgelts.

Im Gegensatz dazu berücksichtigt der Vorschlag Huecks die Interessen des Ausgeschlossenen nicht genügend, indem er ihm ab Rechtskraft des Ausschließungsurteils eine Gewinnbeteiligung untersagt, keinerlei Einfluß auf die Abschichtungsbilanz gewährt und ihm im Falle der Einziehung lediglich einen Anspruch gegen die Gesellschaft zubilligt.

Auch die Ansicht von Wolff wird dem Interesse des Ausgeschlossenen an seiner Sicherheit für den Verlust des Geschäftsanteils nicht gerecht, denn der für möglich gehaltene Zugriff auf den Erlös oder den Geschäftsanteil selbst erweist sich in Wirklichkeit als sehr umständlich und schwer realisierbar.

Keine der bisher angebotenen Lösungen erfüllt also die Forderung nach einer Durchführung der Ausschließung, die alle Interessen gleichmäßig berücksichtigt.

2. Dogmatische Schwerfälligkeit

Die Konstruktion des BGH führt dazu, daß der gerichtliche Ausschluß aus der GmbH durch Urteil je nach dem, ob es sich um ein bedingtes oder unbedingtes Urteil handelt, verschiedene Folgen hat. Diese Folgen wiederum sind im Einzelfall äußerst schwierig zu begründen. Es sei hier noch

einmal auf die Schwierigkeiten bei der Einziehung im Falle der bedingten Ausschließung verwiesen und ebenso beim sogenannten "Anfall" des Geschäftsanteils; nicht weniger kompliziert gestaltet sich die Veräußerung im Falle des unbedingten Ausschlusses.

Aber auch Hueck gibt uns ein Rätsel auf, wenn er dem allein noch den vermögensrechtlichen Teil des Geschäftsanteils innehabenden Gesellschafter ein Recht auf Auflösung gewährt.

Man kann sich des Eindrucks dogmatischer Schwerfälligkeit und Umständlichkeit nicht erwehren. Zu fordern ist daher eine einheitliche Lösung für die Ausschließung in allen Fällen, die sich außerdem einfacher in den gesetzlich vorgegebenen Rahmen einpassen läßt.

3. Mangelnde Grundlage im Gesetz

Am deutlichsten wird es bei der Lösung des BGH, daß es sich bei einer Konstruktion wie der vom bedingten Ausschlußurteil in Wirklichkeit um einen Akt freier Rechtsschöpfung handelt. Denn ein Vorbild kann für diese Konstruktion in der Rechtsordnung nicht gefunden werden. Der BGH gibt das selbst zu [50].

Aber auch im Falle der Hueck'schen Lösung ist eine gesetzliche Grundlage oder Anlehnung nicht sichtbar, insoweit man die damit verbundene Aufspaltung des Geschäftsanteils in Betracht zieht. Es bedarf keiner näheren Erörterung, daß eine Lösung, die sich an eine bestehende gesetzliche Regelung anlehnen würde, den bisher dargestellten Vorschlägen vorzuziehen wäre. Gelänge das, dann wäre auch die Behauptung Connellas widerlegt, die Ausschließung sei bei der gegenwärtigen Rechtslage nicht anders zu bewerkstelligen, obwohl er zugibt, daß die Lösung des BGH erhebliche Nachteile hat.

---

50) BGHZ 9, 164.

§ 7 LÖSUNGSVORSCHLAG DES VERFASSERS

Unter Berücksichtigung der vorangehenden Kritik an den bisherigen Lösungsvorschlägen zum anstehenden Problem muß ein neuer Vorschlag die folgenden Kriterien erfüllen: Er muß eine möglichst einfache und interessengerechte Lösung der Durchführung des Ausschließungsvorganges darstellen, die sich nach Möglichkeit an gesetzlichen Vorbildern orientiert. Es kommt hinzu, daß auch hier die in den vorangegangenen §§ 3 und 4 aufgestellten Grundsätze der Lückenausfüllung im Falle der GmbH Anwendung finden sollten.

I. Ein ähnliches Problem im WEG

1. Die "Entziehung" des Wohnungseigentums nach den §§ 18, 19 WEG - Allgemeines

Für die grundsätzlich unlösliche Gemeinschaft [1] der Wohnungseigentümer hat der Gesetzgeber in den §§ 18 und 19 des WEG die Möglichkeit geschaffen, denjenigen Wohnungseigentümer aus der Gemeinschaft zu entfernen, der "sich einer so schweren Verletzung der ihm gegenüber anderen Wohnungseigentümern obliegenden Verpflichtungen schuldig gemacht hat, daß diesen die Fortsetzung der Gemeinschaft mit ihm nicht mehr zugemutet werden kann" [2]. Als Mittel für die Entfernung aus der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer ist vorgesehen, daß die verbleibenden Wohnungseigentümer vom Betroffenen die Veräußerung seines Wohnungseigentums verlangen können; darüber

---

1) S. § 11 I WEG.

2) § 18 I WEG.

haben sie in der Versammlung der Wohnungseigentümer Beschluß zu fassen und können dann ihr Verlangen im Wege der Klage durchsetzen, um schließlich mit Hilfe eines entsprechenden Urteils die Zwangsvollstreckung zu betreiben [2a].

2. Einzelheiten des Verfahrens

Einleitend sei hier bemerkt, daß die Überschrift des § 18 WEG nicht korrekt ist, wenn hier von der "Einziehung" des Wohnungseigentums die Rede ist. Um eine solche handelt es sich im eigentlichen Wortsinne nicht; vielmehr gibt die Regelung der §§ 18 und 19 WEG die Möglichkeit zu einer zwangsweisen Veräußerung, denn der Betroffene verliert sein Wohnungseigentum erst mit Eintragung des Erstehers des Wohnungseigentums im Grundbuch, also nicht schon etwa durch den Beschluß der verbleibenden Wohnungseigentümer oder das genannte Urteil [3]. Trotzdem wird auch hier an dem nun einmal vom Gesetzgeber eingeführten Begriff festgehalten.

a) Der Beschluß gem. § 18 III WEG

Zur Geltendmachung der Entziehung ist zunächst einmal ein Beschluß der Wohnungseigentümer notwendig. Dieser ist nur dann wirksam, wenn die Hälfte der Stimmberechtigten in einer gem. § 24 vom Verwalter oder auf das Verlangen eines Viertels der Mitglieder der Gemeinschaft hin einberufenen Versammlung der Wohnungseigentümer mit Stimmenmehrheit einen entsprechenden Beschluß faßt. Dabei hat der Betroffene kein Stimmrecht (§ 25 V WEG).

2a) bzgl. der Rspr. zur Entziehung des Wohnungseigentums vgl. Diester, Die Rechtsprechung zum WEG S. 46 f.

3) vgl. in diesem Sinne Friese S.510.

b) Die Entziehungsklage

§ 19 WEG geht von einem Entziehungsurteil aus und hieraus schließt man, daß der Beschluß der Mehrheit der Wohnungseigentümer über die Entziehung der vollen richterlichen "Nachprüfung" [3a], d.h. sowohl in formeller wie materieller Hinsicht, unterliegt [4]. Es muß also nach der oben dargestellten Beschlußfassung von den übrigen Wohnungseigentümern [4a] Klage erhoben werden mit dem Antrag, den Beklagten zur Veräußerung seines Wohnungseigentums zu verpflichten, nicht etwa an eine bestimmte Person, sondern zur Veräußerung schlechthin [5]. Insofern ist das Verfahren etwas ungewöhnlich.

Das Gericht hat in diesem Verfahren zu entscheiden, ob die Voraussetzung für eine Entziehung gegeben ist, nämlich einer der in § 18 II WEG beispielhaft aufgeführten Gründe oder ein sonstiger wichtiger Grund [6] und bejahendenfalls den Beklagten zur Veräußerung zu verpflichten.

3a) "Nachprüfung" ist nicht der korrekte Begriff dafür, da in der Versammlung der Wohnungseigentümer lediglich ein Beschluß mit dem Inhalt gefaßt wird, daß sie die Veräußerung des Wohnungseigentums des lästigen Wohnungseigentümers verlangt, ohne daß dieser Beschluß eine Wirkung auf die Rechtsstellung des auszuschließenden hätte.

4a) So Bärmann Anm. III zu § 18, Diester Anm.9 zu § 18, Weitnauer-Wirths Anm.8 zu § 18; a.A.Palandt -Hoche Anm.5 b zu § 18 und Hubernagel Anm.2 a zu § 19, die den einzelnen Wohnungseigentümer für klageberechtigt halten.

4) Vgl. Bärmann Anm. III zu § 18.

5) Der Antrag ergibt sich ebenfalls aus den in § 19 aufgeführten Urteilswirkungen.

6) Die in § 18 I WEG enthaltene Definition ist nämlich die eines wichtigen Grundes (vgl.o.§ 5 II), der richtiger Ansicht nach (so z.B. Bärmann Anm.II zu § 18) entgegen dem Wortlaut des § 18 I [illegible] Verschulden des Betroffenen unabhängig ist, [illegible] 18 II Ziff.2 (z.B. Zahlungsverzug §§ 285, [illegible]) beweist; a.A. Diester Anm.5 a zu § 18.

c) Inhalt, Rechtsnatur und Wirkung des Urteils

Das Entziehungsurteil verpflichtet den Betroffenen zur Veräußerung seines Wohnungseigentums, geht also auf Abgabe einer Willenserklärung im Sinne des § 894 ZPO. Es ersetzt nach § 19 I 1 WEG die Erklärungen, die für die freiwillige Versteigerung des Wohnungseigentums erforderlich sind, also das Angebot auf Abschluß eines Veräußerungsvertrages und die Erklärungen für die Übertragung des Wohnungseigentums seitens des Veräußerers, die dinglichrechtlichen Erklärungen also, wie die Auflassungserklärung gem. §§ 873, 925 BGB und die Bewilligung nach § 19 GBO. Diese Wirkungen treten zu dem Zeitpunkt ein, zu dem die entsprechenden Gegenerklärungen in formgerechter Weise vorliegen. Auch das ist etwas ungewöhnlich im Vergleich mit § 894 ZPO, wo die Willenserklärungen mit Rechtskraft des Urteils fingiert werden. Das Urteil wird gegenstandslos, wenn der betreffende Wohnungseigentümer freiwillig veräußert (§ 19 II WEG), und gegen eine trotzdem unternommene Vollstreckung ist ein Verfahren gem. §§ 766, 767, 769 ZPO möglich.

d) Die Vollstreckung des Urteils

Jeder Wohnungseigentümer, der das Urteil erwirkt hat (§ 54 $_{I}$ WEG) - und damit ist jeder einzelne Wohnungseigentümer mit Ausnahme des Auszuschliessenden gemeint [5a] - kann bei einem Notar die freiwillige Versteigerung (§§ 53 - 58 WEG) des Wohnungseigentums beantragen. Dieser hat dann nach objektiven Gesichtspunkten die Versteigerungsbedingungen im einzelnen festzusetzen, wobei der betreffende Wohnungseigentümer anzuhören ist und dieser die Möglichkeit der sofortigen Beschwerde (§ 58 WEG) gegen die Festsetzung der Bedingungen hat. Das Meistgebot erhält den Zuschlag, wobei der Betroffene selbst nicht mitbieten darf. Der Zuschlag

5a) So Bärmann Anm.1 zu § 54, Diester Anm.1 zu § 54 Rolandt-Hoche Anm.1) zu § 54.

hat hier allerdings keine gesetzliche Eigentumsübertragungsfunktion, da es sich um eine freiwillige Versteigerung handelt. Vielmehr ist ein formgerechter Kaufvertrag bzw. Versteigerungsvertrag abzuschließen, und bezüglich des dinglichen Rechtsüberganges sind Auflassung und Eintragung notwendig. Lediglich die erforderlichen Willenserklärungen des Veräußerers sind durch das Urteil ersetzt.

e) Nachteile des Verfahrens

Es besteht die Gefahr, daß der Ersteher mit dem auszuschließenden Wohnungseigentümer zusammenarbeitet und daher keinen Eintragungsantrag stellt[6]. Es entsteht dann eine schwierige Situation, da nicht ersichtlich ist, wie man gegen den Ersteher vorgehen könnte[7].

---

6) Hierauf weist insbesondere Friese S.510 hin.

7) Diester Anm. 3 zu § 19 schlägt eine Schadensersatzklage vor wegen arglistig schädigenden Verhaltens mit dem Ziel des Verzichts seitens des Erstehers auf seine Rechte aus dem Zuschlag.

II. Die Möglichkeit analoger Anwendung des Instituts der Entziehung im WEG auf die Ausschliessung eines GmbH-Gesellschafters

1. Die „Entziehung" - eine spezifische Lösung des WEG oder Verwurzelung in einem allgemeinen Rechtsgedanken?

Mit der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer hat der Gesetzgeber den Typ eines Zusammenschlusses eigener Art geschaffen, der zwar auf der Bruchteilsgemeinschaft basiert, gleichzeitig aber auch vereins- und genossenschaftsrechtliche Züge trägt [8]. Eindeutige Ablehnung fand die Gesamthandsgemeinschaft, weil verschiedene ihrer Eigenschaften, wie z.B. die schwerfällige Verkehrsfähigkeit der "Anteile", der Sorgfaltsmaßstab des § 708 BGB und die Regelung über die Anwachsung (§ 738 BGB), als ungeeignet für die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer erschien [9]. Von der Bruchteilsgemeinschaft der §§ 741 ff BGB unterscheidet sie insbesondere die Unauflöslichkeit der Wohnungsgemeinschaft und das Vorhandensein von Organen, z.B. des Verwalters oder der Versammlung der Wohnungseigentümer. Es ist also sicherlich berechtigt, bei der Gemeinschaft des WEG von einem Typ eigener Art zu sprechen [9a].

---

8) S. Diester Anm. 5 vor § 10.

9) Vgl. hierzu Weitnauer JZ 1951 S. 174.

9a) Lang z.B. (S. 71 ff, insbesondere S.93 - 100) bezeichnet die Wohnungseigentümergemeinschaft als "zweckgebundene Rechtsgemeinschaft", die ihren Platz zwischen der schlichten Rechtsgemeinschaft und der Gesellschaft habe, von beiden aber gleich weit entfernt sei. - Vgl. ferner Bärmann, zur Dogmatik S. 13 f, die Dissertationen von Seifert und Zmarzlik, Wolff - Raiser § 89 V.

Trotzdem kann bezüglich der §§ 18 und 19 WEG, der Möglichkeit der Entziehung des Wohnungseigentums, gesagt werden, daß diese Regelung aus dem allgemeinen Rechtsgedanken entsprang, der u.a. hinter den §§ 737, 723 BGB, 140 HGB, 626 BGB steht und besagt, daß es bei Zusammenschluß mehrerer Personen auf lange Dauer eine Ausscheidensmöglichkeit aus wichtigem Grund für das einzelne Mitglied eines solchen Rechtsverhältnisses geben muß [9b]. Dazu bestand auf Grund der prinzipiellen Unauflöslichkeit (§ 11 WEG) der Wohnungsgemeinschaft gerade hier eine absolute Notwendigkeit [10].

Zusammenfassend also kann man festhalten, daß die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer zwar ein Zusammenschluß eigener Art ist, daß die Möglichkeit der Entziehung des Wohnungseigentums von einzelnen ihrer Mitglieder aber auf einem allgemeinen Rechtsgedanken beruht, also kein Spezifikum des WEG darstellt und aus diesem Grund als Basis für einen Analogieschluß grundsätzlich in Betracht kommt.

2. Vergleichbarkeit der Problematik der Ausschließung im WEG und GmbHG

a) Gründe für die Ausschließung

"Die Wohnungseigentümer haben jede Handlung zu unterlassen, die das Ansehen der Gemeinschaft nach außen herabsetzt oder die im Innenverhältnis den Gemeinschaftsfrieden und das Vertrauensverhältnis stört" [11]. Verletzt ein Wohnungseigentümer

---

9b) Vgl. Börner S.218.

10) Das Fehlen einer vergleichbaren Regelung beim alten Stockwerkseigentum hatte dort ständig zu Schwierigkeiten geführt; vgl. dazu Bärmann Anm. I zu § 18.

11) Bärmann Anm. II 1. zu § 18.

diese seine Verpflichtung in einer Weise, daß den übrigen Wohnungseigentümern sein Verbleiben in der Gemeinschaft nicht mehr zugemutet werden kann, dann kann er im Wege der §§ 18 und 19 WEG aus der Gemeinschaft ausgeschlossen werden.

Im einzelnen werden die Gründe, die zur Ausschließung berechtigen, natürlich im Falle der GmbH ganz anders geartet sein wie bei der Wohnungsgemeinschaft - z.B. ist die Bestandsgefährdung im Falle der Wohnungsgemeinschaft kein Erfordernis der Ausschließung - ; das liegt aber an der wesensverschiedenen Struktur der beiden Zusammenschlüsse. Generell jedoch ist zumindest eine der wesentlichsten Voraussetzungen, die Unzumutbarkeit des weiteren Verbleibs in der Gemeinschaft, sowohl bei GmbH und Wohnungseigentum dieselbe [12].

b) Interessenlage

Das Interesse der Wohnungseigentümer geht allgemein dahin, einen evtl. Störenfried möglichst ohne Schaden für die Gemeinschaft aus ihren Reihen auszuschließen. Das ist nur dann möglich, wenn die technische Durchführung der nach § 18 WEG beschlossenen Entziehung möglichst schnell und reibungslos funktioniert [13]. In dieser Beziehung sind die Interessen der verbleibenden Wohnungseigentümer vollkommen identisch mit denen der übrigen Gesellschafter im Falle der Ausschließung aus einer GmbH [14].

---

12) S.oben, insbesondere § 5 II.

13) Vgl. Bärmann Anm. I 1. zu § 19.

14) Vgl. o. § 5 I 3.

Aber auch die Interessen des auszuschließenden Wohnungseigentümers sind weitgehend ähnlich mit denen des auszuschließenden GmbH-Gesellschafters. Der betroffene Wohnungseigentümer ist daran interessiert, daß ein evtl. Ausschluß von einer möglichst objektiven Instanz beschlossen wird. Insofern wird auch er eine gerichtliche Entscheidung in jedem Fall einem Beschluß durch die Versammlung der Wohnungseigentümer vorziehen und diesem Interesse hat auch der Gesetzgeber entsprochen. Fernerhin ist der auszuschließende Wohnungseigentümer daran interessiert, eine angemessene Entschädigung für den Eigentumsverlust zu erhalten. Das wird in § 19 WEG berücksichtigt, wenn dort die freiwillige Versteigerung als Verwertungsform vorgesehen ist, die zumindest eine Verschleuderung des Wohnungseigentums verhindert (vgl. § 57 III-5 WEG).

Abschließend kann in diesem Abschnitt festgestellt werden, daß die Problematik der Ausschließung in den Fällen des WEG und des GmbH-Rechtes, soweit sie sich in den hauptsächlichen Voraussetzungen und den jeweiligen Interessen der Beteiligten niederschlägt, grundsätzlich vergleichbar erscheint.

3. Welche Gedanken der §§ 18 und 19 WEG sind für die Ausschließung aus der GmbH verwertbar?

Trotz dieser grundsätzlichen Vergleichbarkeit der jeweiligen Problematik ist nun die Frage zu stellen, welche Teile und Gedanken im einzelnen aus der Regelung der Entziehung des Wohnungseigentums für die Durchführung der Ausschliessung eines GmbH-Gesellschafters in Frage kommen. Diese Frage muß deswegen beantwortet werden, weil - trotz prinzipieller Vergleichbarkeit -

Wohnungseigentum und GmbH-Geschäftsanteil in struktureller und funktioneller Hinsicht von vorneherein weit voreinander entfernt sind und daher die Regelung der Ausschließung des Wohnungseigentümers dem Fall der Ausschließung des GmbH-Gesellschafters angepaßt werden muß [15].

Daß das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Ausschließung aus der GmbH durch ein Gericht festgestellt werden muß, wurde bereits oben [16] erörtert und entschieden. Es geht daher lediglich noch um die Frage, ob die Art der Klage, wie sie im WEG vorgesehen ist, nämlich eine Klage mit dem Antrag, den Beklagten zur Veräußerung seines Wohnungseigentums zu verpflichten, auch für die Durchführung der Ausschließung eines GmbH-Gesellschafters geeignet ist. Da gem. § 15 GmbHG der GmbH-Geschäftsanteil grundsätzlich veräußerlich ist, ist für die Übernahme des Gedanken einer Entziehungsklage nach den §§ 18 und 19 WEG kein Hindernis ersichtlich [17]. Ebenso verhält es sich mit den Wirkungen eines stattgebenden Urteils (§ 19 II 1 WEG).

Fraglich ist jedoch, ob auch der Gedanke der freiwilligen Versteigerung als Vollstreckungsmittel im Entziehungsverfahren zur Verwertung bei der Durchführung der Ausschließung eines GmbH-Gesellschafters geeignet ist.

Die freiwillige Versteigerung durch den Notar (§§ 53 - 58 WEG) wurde ausgewählt, weil man im

---

15) Vgl. zu letzterem unten III.

16) Vgl. o. § 5 I.

17) Bezügl. des Falles, daß die GmbH-Satzung die Veräußerung der GmbH-Geschäftsanteile ausschließt, vgl. unten § 8 I.

Falle eines Grundstücksverkaufs davon ausgehen kann, daß sie eine günstige Verwertung garantiert, denn sie stößt im Vergleich zur gerichtlichen Versteigerung auf ein wesentlich lebhafteres Interesse[18]. Sie ist eigentlich ein freihändiger Verkauf an den Meistbietenden. Dieser Aspekt ist auch für die Verwertung des GmbH-Geschäftsanteils nur förderlich. Nicht anders verhält es sich mit dem Grundsatz, daß der Notar während des gesamten Versteigerungsverfahrens objektiv die Interessen sämtlicher Beteiligter zu wahren hat.

Die Verwertung des GmbH-Anteils im Wege der freiwilligen Versteigerung kann jedoch nur funktionieren, wenn auch ein Markt für solche Anteile besteht. Im Rahmen der Entziehung des Wohnungseigentums bereitet dieser Punkt keine Schwierigkeiten, denn eine Eigentumswohnung ist eine marktgängige Ware, für die in der Regel ein entsprechender Käuferkreis vorhanden ist. Bei der GmbH erhebt sich die Frage, ob ein Markt für GmbH-Anteile vorhanden ist, auch im Zusammenhang mit der Pfändung (gem.§§ 857, 844 ZPO) und der Versteigerung eines Geschäftsanteils (§ 23 GmbHG) im Rahmen des Kaduzierungsverfahrens. Der Gesetzgeber ist offensichtlich davon ausgegangen, daß sich in praxi hier keine Probleme ergeben, sonst hätte er sich für andere Verwertungsformen entschieden.

Im vorliegenden Fall kann man davon ausgehen, daß das Vorhandensein eines Interessentenkreises im Rahmen der freiwilligen Versteigerung davon abhängt, unter welchen Bedingungen der Geschäftsanteil des Auszuschließenden zur Versteigerung kommt: Erscheint der GmbH-Anteil als besonders "transparent", dann wird sich in der Regel ein Käufer ohne weiteres finden, denn dann besteht für ihn ein klar kalkulierbares Risiko. Eine sehr weit-

---

18) So z.B. Bärmann Anm. IV 1. zu § 53.

gehende "Transparenz" des zu versteigernden GmbH-Anteils verstößt aber gegen die Interessen der verbleibenden Gesellschafter, insofern nämlich die dadurch der Konkurrenz gewährten Einblicke in die Geschäftslage etc. sich schädlich auf die zukünftige Entwicklung des Unternehmens auswirken können. Der Notar wird daher in Zusammenarbeit mit einem Wirtschaftsprüfer als Sachverständigen einen Mittelweg finden müssen, einen Mittelweg, der einerseits das Risiko des Kaufs eines derartigen GmbH-Anteils auf ein Minimum herabsetzt, andererseits aber nicht zu einer vollkommenen Publizität des Unternehmens führt. Hier Kriterien im einzelnen aufzustellen, übersteigt den Rahmen dieser Arbeit. Es sei jedoch noch darauf hingewiesen, daß das in Analogie zu § 58 WEG bestehende Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde gegen die Festsetzung der Versteigerungsbedingungen in diesem Zusammenhang eine wichtige Funktion hat. Die Beschwerdemöglichkeit gewährleistet in den wichtigen Fragen, wie Festsetzung des Wertes des Anteiles, Offenlegung der Geschäftsunterlagen etc., eine gerichtliche Nachprüfung. Um diese wirksam zu gestalten, ist an ein ähnliches Verfahren, wie es die §§ 30 ff UmwG beinhalten, zu denken. Dabei wäre es insbesondere wichtig, die Sachkunde des Beschwerdegerichtes und einheitliche Entscheidungen dadurch sicherzustellen, daß die Zuständigkeit eines Landgerichts (Kammer für Handelssachen) für die Bezirke mehrerer Landgerichte oder gar eines Landes begründet wird.

Das Verfahren der §§ 53 - 58 WEG trägt jedoch auch Züge, die im Rahmen der Verwertung eines GmbH-Geschäftsanteiles sinnlos erscheinen, für das Verfahren der freiwilligen Versteigerung eines Wohnungseigentumsanteils durch den Notar aber sehr wesentlich sind. So bezieht sich die Festlegung der Versteigerungsbedingungen in erster Linie auf die Klärung der Belastungen des Wohnungseigentums. Diese Frage stellt sich im Rahmen einer evtl. Verwertung des GmbH-Geschäftsanteils in der Regel nicht. Wichtig wäre hier ein möglichst effektives und rasches Verfahren zur Feststellung des Wertes des Geschäftsanteils. Ob die Regelung in den §§ 53 ff WEG diesen Erfordernissen genügt, ist noch zu untersuchen, weil nämlich im Fall der Entziehung des Wohnungseigentums der Einheitswert in dieser Hinsicht einen Anhaltspunkt gibt und im übrigen die Feststellung des Wertes einer Eigentumswohnung kein besonderes Problem darstellen dürfte und vom Gesetzgeber im einzelnen deswegen nicht geregelt wurde.

Aus dem Fehlen für die Ausschließung aus der GmbH notwendiger Regelungen und dem Vorhandensein überflüssiger Bestimmungen in den §§ 53-58 WEG kann jedoch nicht der Schluß gezogen werden, das Verfahren der freiwilligen Versteigerung sei als Verwertungsform im Rahmen der Durchführung der Ausschließung eines GmbH-Gesellschafters ungeeignet und komme grundsätzlich als Analogiebasis nicht in Betracht. Insoweit müßte eben die vorhandene Regelung des WEG beschränkt bzw. ergänzt werden [18a].

Ein ernsthafter Nachteil des freiwilligen Versteigerungsverfahrens wurde bereits oben erwähnt, nämlich die Möglichkeit sittenwidrigen Zusammenwirkens zwischen Ersteher und auszuschließendem Wohnungseigentümer [19]. In dieser Hinsicht bestünden bei einer freiwilligen Versteigerung des GmbH-Geschäftsanteils keinerlei Bedenken, da hier die Stellung eines Eintragungsantrags für den Übergang des Rechts nicht erforderlich ist.

Inwieweit der Gefahr der Einschleusung eines Strohmannes in die GmbH, die wegen des Grundsatzes der freien Veräußerlichkeit des Wohnungseigentums bzw. des GmbH-Geschäftsanteils durch den auszuschließenden Rechtsinhaber bis zum Zuschlag im Versteigerungsverfahren besteht, durch die Zulassung einstweiliger Verfügungen oder Anordnungen vorgebeugt werden müsste, ist unten [20] zu erörtern.

Zusammenfassend ist auch bezüglich der Vollstreckung im Zusammenhang mit der freiwilligen Versteigerung, wie sie in den §§ 19 i.V. 53 ff WEG vorgesehen ist, zu sagen, daß ihrer Verwertung als Analogiebasis im Rahmen des Ausschliessungsverfahrens bei der GmbH nichts im Wege steht.

18a) Vgl. hierzu die Erörterungen unten III 4.
19) S. o. I 2 e).
20) S. unten III 4 c).

III. Die Durchführung der Ausschliessung des GmbH-Gesellschafters analog den §§ 18 und 19 AktG

In den beiden vorangehenden Abschnitten wurde versucht zu begründen, daß die §§ 18 und 19 AktG grundsätzlich und im wesentlichen auch hinsichtlich der dort getroffenen Regelungen im einzelnen als Ausgangspunkt für eine analoge Lösung der Problematik um die Durchführung der Ausschließung des GmbH-Gesellschafters verwendet werden können. Hier soll nun die entsprechende Lösung im Detail dargestellt werden, die das Ergebnis einer Anpassung und Ergänzung der Regelung des AktG an die in wirtschaftlicher und rechtlicher Hinsicht in vielen Beziehungen verschiedenen Erfordernisse der Situation im GmbH-Recht sein wird.

1. Die Klage auf Veräußerung

Nachdem ein entsprechender Beschluß in der Gesellschafterversammlung gefaßt worden ist [21], hat die GmbH Klage - und zwar eine Leistungsklage - zu erheben mit dem Antrag, den auszuschließenden Gesellschafter zur Veräußerung seines Geschäftsanteiles zu verpflichten, wobei eine Angabe des Erstehers nicht notwendig ist. Das Gericht wird diesem Antrag stattgeben, wenn es sich ergibt, daß ein wichtiger zur Ausschliessung berechtigender Grund i.S. der obigen Ausführungen [22] vorliegt.
Es ist nicht klar, ob der BGH in seiner Grundsatzentscheidung [23] die Möglichkeit einer

---

21) S. o. § 5 I, III.
22) S. o. § 5 II.
23) BGHZ 9, 157.

solchen Klage auf Veräußerung ausgeschlossen hat. Schilling z.B. verneint das [24], denn ausdrücklich sei das im Urteil nirgends gesagt und der Vorteil sei eindeutig, der sich daraus ergebe, daß die Abfindungsfrage aus dem Prozeß ausgeklammert und überhaupt gänzlich umgangen werde, indem der Ersteher den Gegenwert zu bezahlen habe. Es ist aber wohl davon auszugehen, daß der BGH die hier vorgeschlagene Klage ausschließen wollte [25]. Wie wäre es sonst zu erklären, daß er in seiner Grundsatzentscheidung eine völlig andere Lösung in allen Einzelheiten vertritt, die aufgebaut ist auf einer Gestaltungsklage und in ein bedingtes Gestaltungsurteil mündet? Auch andere Stimmen haben sich gegen eine derartige Klage, gerichtet auf Veräußerung des Geschäftsanteils, gewandt[26]. Das Argument, das in diesem Zusammenhang geltend gemacht wird, eine derartige Klage habe kein Vorbild in der Rechtsordnung und eine Ausschließung der hier vorliegenden Art sei immer die Folge einer Gestaltung, kann aber mit dem Hinweis auf die Regelung im WEG ohne weiteres widerlegt werden.

2. Das Urteil und seine Wirkung

Ein für die Klägerin positives Urteil hat zum Inhalt, daß der betr. Gesellschafter seinen Geschäftsanteil zu veräußern habe, was bedeutet, daß er die erforderlichen Willenserklärungen für einen Kauf- und Übereignungsvertrag gem. § 15 GmbHG abzugeben hat.

---

24) JZ 1955 S.331.

25) Ebenso Scholz GmbH-Rdsch. 1953 S. 75 f.

26) So z.B. Schön in seiner Kritik an Scholz S.47.

Da dieses Urteil darüber hinaus keinen weiteren Ausspruch enthält, hat es keinerlei Wirkung auf die Rechtsstellung, insbesondere die Mitverwaltungsrechte des auszuschließenden Gesellschafters. Es beeinträchtigt auch in keiner Weise die Möglichkeit für den betr. Gesellschafter, diesem Urteil bis zum Abschluß des im nächsten Abschnitt zu erörtenden Vollstreckungsverfahrens durch selbständige Veräußerung seines Anteils nachzukommen. Erst bei einer Veräußerung des Geschäftsanteils im Rahmen des Vollstreckungsverfahrens entfaltet das Urteil seine Fiktionswirkung, indem es die oben erwähnten Willenserklärungen ersetzt.

Die Fragen, die sich aus dieser beschränkten Wirkung des Urteils ergeben können, besonders die Gefahr der Einschleusung eines Strohmannes durch freiwillige Veräußerung seitens des Auszuschließenden, werden unten erörtert [27].

3. Die Vollstreckung des Urteils: freiwillige Versteigerung

Nachdem oben bereits festgestellt wurde, daß die freiwillige Versteigerung als Verwertungsmittel auch grundsätzlich im Rahmen der Ausschließung des GmbH-Gesellschafters geeignet ist, sollen hier die Einzelheiten des Versteigerungsverfahrens bei der GmbH dargelegt werden.

---

27) Vgl. unten 4 c).

a) Normalfall

Nach Eintritt der Rechtskraft des für die Gesellschaft günstigen Urteils beauftragt die GmbH einen Notar mit der freiwilligen Versteigerung des Geschäftsanteils. Der Notar setzt die Versteigerungsbedingungen fest, unter denen dem "Mindesgebot" eine besonders wichtige Rolle zukommt [28]. Gegen die Festsetzung der Versteigerung hat der betr. Gesellschafter analog § 58 WEG die Möglichkeit zur sofortigen Beschwerde.[29a] Im Versteigerungstermin wird an den Meistbietenden der Zuschlag erteilt, wodurch das vom Bieter abgegebene Angebot angenommen wird. Um der Form des § 15 IV GmbHG zu genügen, muß der Zuschlag beurkundet werden. Dasselbe gilt für den Abtretungsvertrag, der notwendig ist, da der Zuschlag keineswegs den Übergang des Geschäftsanteils bewirkt. Analog § 56 II 1 WEG ist der Auszuschließende nicht berechtigt, ein Gebot abzugeben. Um eine Vereitelung der Ausschließung zu verhindern, ist auch § 5 II Satz 3 WEG analog anzuwenden, d.h. eine Abtretung des in der freiwilligen Versteigerung erworbenen Rechts an den verurteilten GmbH-Gesellschafter ist nichtig.

Es ist durchaus möglich, daß bei dieser Versteigerung einer der verbleibenden Gesellschafter den Geschäftsanteil erwirbt. Zum Teil wird es als problematisch angesehen, wenn der erwerbende Gesellschafter der Mehrheitsgesellschafter ist, der hierzu aus finanziellen Gesichtspunkten in der Regel am ehesten in der Lage sein wird weil hierdurch die Gefahr einer späteren Ausschließung der Minderheitsgesellschafter heraufbeschworen werde[29]. Da nach der hier vertretenen

28) Näheres hierzu unten 4 b).

29) So z.B. Gonnella S.99, der, davon ausgehend, daß die Gesellschaft die Abtretung des Geschäftsanteils an einen Gesellschafter beschließen kann, falls der Auszuschließende diesen nicht freiwillig veräußert, die Gefahr eines Interessenkonfliktes im Falle des Mehrheitsgesellschafters sieht, der natürlich bei dem genannten Beschluß obsiegen wird. Gleichzeitig befürchtet er

29a) Wegen der in diesem Zusammenhang auftauchenden Schwierigkeiten vgl. oben § 7 II 3.

Lösung der auszuschließende Gesellschafter bei der Beschlußfassung über die Einleitung des Ausschließungsverfahrens nicht mitstimmt und die Ausschließung lediglich bei Vorliegen eines wichtigen Grundes erfolgt, ist die erwähnte Gefahr nicht ersichtlich. Die Tatsache, daß der Mehrheitsgesellschafter in der Regel eher zur Bezahlung der Abfindung bzw. des zum Erwerb des Geschäftsanteils notwendigen Geldbetrages in der Lage sein wird, ist kein Ersatz für die übrigen Voraussetzungen der Ausschließung.

b) Erwerb des Geschäftsanteils durch die Gesellschafter

Bei der Versteigerung des Wohnungseigentums kommt ein Erwerb durch die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer nicht in Betracht, da diese Gemeinschaft keine eigene Rechtspersönlichkeit besitzt. Ein Erwerb des Geschäftsanteils seitens der GmbH ist jedoch möglich und - abgesehen vom Fall des § 33 I GmbHG - unproblematisch. In § 33 I GmbHG ist das absolute Verbot des Erwerbs von Geschäftsanteilen durch die Gesellschaft normiert, auf die die Stammeinlage noch nicht vollständig eingezahlt ist. Dahinter steht der Gedanke, daß in einem solchen Erwerb u.U. eine dem § 30 (Grundsatz der Erhaltung des Stammkapitals zum Schutz der Gläubiger der GmbH) widersprechende Zahlung aus dem Stammkapital liegt.

---

aber die, für den Verfasser unbegründete Gefahr des späteren Ausschlusses der Minderheitsgesellschafter, der er dadurch zu begegnen sucht, daß er eine Anfechtung eines die Minderheitsgesellschafter nicht anteilmäßig berücksichtigenden Abtretungsbeschlusses analog §§ 243 - 49 AktG. für möglich hält. Er begründet das auch aus dem auch für die GmbH-Gesellschafter geltenden Gleichbehandlungsgrundsatz.

Diese Vorschrift, § 33 I, gilt natürlich auch für den Erwerb eines solchen Geschäftsanteils im Rahmen des Ausschließungsverfahrens. Will die GmbH einen solchen Geschäftsanteil trotzdem erwerben (z.B. weil kein Dritter hierzu bereit ist), dann muß vorher die Resteinlage entweder aus vorhandenem freiem Kapital oder mit im Wege der Kapitalerhöhung zu beschaffenden Mitteln eingezahlt werden. Die Kapitalerhöhung ist allerdings wegen der Langwierigkeit ihrer Durchführung im Rahmen des Ausschließungsverfahrens unangemessen, da sie nicht interessengerecht ist.

Jedoch läßt § 33 II GmbHG - lediglich eine Sollvorschrift - den Erwerb eines Geschäftsanteils, auf den die Stammeinlage allerdings voll einbezahlt wein muß, zu, auch wenn die Mittel des Erwerbs aus dem Stammkapital stammen. Dahinter steht der Gedanke, daß in diesem Fall die Gesellschaft mit dem Erwerb des Geschäftsanteils einen Gegenwert erhält und daher die Interessen der Gläubiger der GmbH nicht gefährdet werden.

c) Freiwillige Veräußerung nach Rechtskraft des Urteils und während des Vollstreckungsverfahrens

Bis zum Zeitpunkt der Erteilung des Zuschlags im Vollstreckungsverfahren kann der lästige Gesellschafter seinen Geschäftsanteil freiwillig veräußern. Tut er dies, so wird das in der Sache ergangene Urteil gegenstandslos, d.h. es verliert endgültig seine Wirkung. Die Möglichkeit der freiwilligen und selbständigen Veräußerung steht dem Auszuschließenden zu wegen der nur beschränkten Wirkung des Urteils und der Einleitung des Vollstreckungsverfahrens;

beide wirken sich auf die Rechtsstellung des Auszuschließenden nicht aus. Das Fortbestehen des freien Veräußerungsrechts bringt aber Gefahren (Doppelveräußerung, Strohmanngefahr) mit sich. Wie diesen begegnet werden kann, wird unten näher erörtert [30].

d) Kein "Abnehmer" für den Geschäftsanteil

Schwierigkeiten tauchen auf, falls sich kein Käufer für den Geschäftsanteil findet, d.h. in dem Fall, wo weder ein Dritter den Anteil übernehmen will noch die Gesellschaft hierzu in der Lage ist. Hier hilft auch die Möglichkeit der Einziehung nicht, denn auch in diesem Fall müßte dem Auszuschließenden eine angemessene Entschädigung gewährt werden[31]. Ist die Gesellschaft hierzu in der Lage, dann kann sie genau so gut den Anteil selbst erwerben. Die Möglichkeit der Einziehung als Verwertungsform erscheint also als überflüssig [32], wobei hinzu kommt, daß nicht ersichtlich ist, welchen speziellen Vorteil die Einziehung in Bezug auf ihre Rechtsfolgen - nämlich Vernichtung des Geschäftsanteils - für die Gesellschaft im Rahmen des Ausschließungsverfahrens haben soll [32a]. Einen solchen unterstellen aber offensichtlich diejenigen Stimmen [33], die einen so großen Wert auf das Wahlrecht der Gesellschaft in Bezug auf die verschiedenen Verwertungsformen einschließlich der Einziehung legen, ohne auf die Gründe für ihre Notwendigkeit näher einzugehen.

---

30) Unter 4.

31) Dabei wird auf eine Erörterung der Schwierigkeiten einer rechtlichen Begründung für die Einziehung und ihrer dogmatischen Einordnung verzichtet. Vgl. insoweit o. § 6 I 1. b) bb).

32) Das steht im Gegensatz zur Ansicht des BGH (BGHZ 9, 168), der eine Einziehung als vornehmliche Verwertungsform in Betracht zieht.

32a) Die Einziehung hat im allgemeinen u.a. den Zweck der Verringerung des Eigenkapitals und der Verzinsungslast. Diese Ziele der Einziehung stehen aber bei der Ausschließung nicht im Vordergrund.

33) Vgl. statt vieler BGHZ 9, 169 f.

Ein möglicher Ausweg in den Fällen, wo ein Übernehmer des Geschäftsanteils nicht sofort gefunden werden kann, wäre die Durchführung eines Kapitalherabsetzungsverfahrens zur Beschaffung des zum Erwerb durch die Gesellschaft nötigen Kapitals. Diese Möglichkeit muß aber abgelehnt werden, weil sie den Interessen der Gesellschaft und der verbleibenden Gesellschafter zuwiderläuft. Es ist diesen einfach nicht zuzumuten, daß der lästige Gesellschafter noch über ein Jahr lang in der Gesellschaft verbleibt; so lange dauert nämlich das Kapitalherabsetzungsverfahren nach der gesetzlichen Vorschrift des § 58 GmbHG.

Um eine befriedigende Lösung auch dieser Fälle zu erreichen, bleibt nur der Ausweg einer Erweiterung der vom WEG zur Verfügung gestellten Regelung [34].

4. Notwendige Ergänzungen der Lösung analog den §§ 18 und 19 i.V. 53 ff WEG

Wie die vorangehenden Ausführungen zeigen, macht die Eigenart des in Frage stehenden Rechtsverhältnisses eine Ergänzung der bisher gefundenen Lösung in Analogie zum WEG in manchen Punkten notwendig. Die angewandte Methode bei der Suche nach einer eigenen Lösung war bisher die der strengen Analogie im Rahmen einer bereits gesetzlich vorhandenen Regelung. Als Maßstab der nun folgenden Ergänzungen kann neben der erstrebten Anlehnung an das GmbHG lediglich auf das Interesse der Beteiligten und die praktische Notwendigkeit gewisser Ergänzungen verwiesen werden.

---

34) S. unten 4. a).

a) Auflösungsmöglichkeit

Es wurde für den Fall, daß sich weder ein Dritter noch ein Gesellschafter noch die Gesellschaft zur Abnahme des Geschäftsanteils bereit erklären, der Vorschlag gemacht, eine Klage durch die Gesellschaft auf Übertragung des Geschäftsanteils zur treuhänderischen Verwaltung durch die Gesellschaft - als Vorbild diente die Kaduzierung - zuzulassen [35]. Zwecks Sicherung der Abfindung dürfe das Urteil, das den Übergang des Geschäftsanteils auf die Gesellschaft zur treuhänderischen Verwaltung bewirke, aber nur Zug um Zug gegen Zahlung der Abfindung ergehen. An diesem Punkt aber scheitert dieser Vorschlag bereits, denn er wurde ja mit Ziel gemacht, einer Situation abzuhelfen, in der das Ausscheiden eines Gesellschafters deswegen nicht möglich war, weil das nötige Kapital zum Erwerb des Geschäftsanteils fehlte. Verlangt man jedoch ein Zug- um- Zug-Urteil so wird dadurch die Ausschließung des lästigen Gesellschafters erneut auf unbestimmte Zeit verschoben. Als weiterer Ablehnungsgrund kommt hinzu, daß sich diese Meinung zum Zweck der rechtlichen Begründung auf § 242 BGB berufen muß [36], was dem Fehlen einer gesetzlichen Grundlage gleichkommt.

Die Einziehung wurde als Mittel, um im vorliegenden Fall Abhilfe zu schaffen, bereits oben abgelehnt [37]. Es bleibt zu überlegen, ob die übrigen Gesellschafter in der gegebenen Situation als ultima ratio die Auflösungsklage

35) So Mezger Diss. S. 84 ff.
36) Ders. S. 87 ff.
37) s. o. 3. d).

erheben können. Als gesetzliche Grundlage kommt § 61 GmbHG in Betracht. Voraussetzung für die Auflösung ist ein in den Verhältnissen der Gesellschaft liegender wichtiger Grund (§ 61 I GmbHG), der hier darin gesehen werden könnte, daß eine Fortsetzung des Unternehmens mit dem lästigen Gesellschafter nicht ersprießlich erscheint bzw. dessen Verbleib den Bestand der Gesellschaft gefährdet [38]. Es ist ferner Voraussetzung, daß die die Auflösungsklage erhebenden Gesellschafter zusammen mindestens ein Zehntel der Stammeinlage geleistet haben. Diese Voraussetzung dürfte in der Regel gegeben sein [39]. Die weitere Voraussetzung, daß die Auflösung nur als äußerstes Hilfsmittel in Betracht kommt, bedarf keiner näheren Erörterung. Somit ist die Erhebung einer Auflösungsklage im Falle fehlender Verwertungsmöglichkeit des Geschäftsanteils des auszuschließenden Gesellschafters zulässig.

b) Wertfestsetzung durch Notar und Mindestgebot

Wenn in § 57 III WEG eine Regelung vorgesehen ist, wonach der verurteilte Wohnungseigentümer die Versagung des Zuschlags verlangen kann, falls das Meistgebot unter sieben Zehnteln des Grundstückswertes (= sogen. Mindestgebot) bleibt, so steht hinter dieser Vorschrift das Bedürfnis nach einem Schutz des Wohnungseigentümers vor Verschleuderung seines Vermögens [40].

38) Vgl. RG HRR 35, 1404, RGZ 164, 260.

39) Man geht in der Regel davon aus, daß § 61 ein Minderheitsrecht beinhaltet, was aber nicht ausschließt, daß es u.U. auch von einer Mehrheit wahrgenommen wird.

40) Schönke-Baur § 41 I über § 74 a ZVG, der für die entsprechende Regelung im WEG als Vorbild diente, vgl. Bärmann Anm.VI zu § 54.

Dieser Schutz ist allerdings begrenzt, denn in einem zweiten Termin, den der Notar gem. § 57 IV WEG anzuberaumen hat, besteht ein solcher Versagungsgrund nicht mehr (§ 57 V WEG). Bezüglich der Ermittlung des Grundstückswertes ist § 74 a V ZVG heranzuziehen [41], wonach der Wert des Grundstücks von Sachverständigen und der von beweglichen Sachen im Wege freier Schätzung festzustellen und durch den Notar festzusetzen ist. Gegen diese Festsetzung gewährt § 58 WEG das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde, die aufschiebende, aber letztinstanzliche Wirkung hat.[42a)]

Dieser Schutz des verurteilten Wohnungseigentümers vor unbilligem Vermögensverlust ist deswegen erforderlich, weil die Entziehung des Wohnungseigentums - wie oben dargestellt [42)] keinen Strafcharakter trägt. Das kommt auch darin zum Ausdruck, daß für das Vorliegen eines wichtigen Grundes ein Verschulden des Wohnungseigentümers nicht erforderlich ist. Trotz der offensichtlichen Bestrebungen des Gesetzgebers, den Auszuschließenden vermögensmäßig zu schützen, hat er es für zumutbar gehalten, daß der verurteilte Wohnungseigentümer einen gewissen Verlust (maximal 3/10 des Grundstückswertes) bereits im ersten Versteigerungstermin erleidet, und für den zweiten Versteigerungtermin das Erfordernis eines Mindestgebotes nicht mehr für notwendig angesehen.

---

41) Vgl. Bärmann Anm. VI zu § 54.

42) s. o. II.

Für die Entschädigung des auszuschließenden GmbH-Gesellschafters gilt nach überwiegender Ansicht der Grundsatz des vollen Wertersatzes[43]. Es ist daher fraglich, ob überhaupt eine analoge Anwendung der Regelungen der §§ 53 ff WEG im einzelnen in Betracht kommt. Entschließt man sich dafür, dann kommt man nicht umhin, den Grundsatz des vollen Wertersatzes einzuschränken. Ein solcher Schritt erscheint angemessen und zulässig, wenn man sich darauf besinnt, daß beide Institute, die Entziehung des Wohnungseigentums und die Ausschließung des GmbH-Gesellschafters, demselben Rechtsgedanken entspringen und beiden ein Strafcharakter fremd ist, wie oben für die Entziehung noch einmal wiederholt wurde. Da der Gesetzgeber bei der Regelung des ersteren Falles das Kriterium des vollen Wertersatzes im Zusammenhang mit dem Verlust des Wohnungseigentums zwar zu erfüllen gesucht, aber sich nicht als absoluten Maßstab zu eigen gemacht hat, scheint es überhaupt fraglich zu sein, ob es einen derartigen "Grundsatz" des vollen Wertersatzes für die ähnlichen und zusammengehörenden Institute der Ausschließung aus Personengemeinschaften etc. gibt. Einer analogen

---

43) So z.B. Scholz, Mon. S. 27, Küster JR 1952 S. 457, Vogel BB 1953 S. 460, BGHZ 9, 168, Schön S. 40, Gonnella Diss. S. 7, Mezger Diss. S. 40. A.A., d.h. für die Möglichkeit entschädigungsloser Ausschließung ist z.B. Mordhorst NJW 1955 S. 1542 eingetreten. Für eine derartige Möglichkeit im Wege der Satzungsbestimmung Rob. Fischer GmbH-Rdsch. 1961 S. 26; a.A. Schuler S. 2281, Obermüller S. 598 und Simon S. 137, die zur Begründung ihrer Meinung auf BGHZ 32, 151 verweisen. -
Sudhoff S. 487 schlägt für GmbH-Gesellschafts-Verträge vor, eine Regelung aufzunehmen, die ein Entgelt bei schuldhafter und grober Verletzung der Interessen der Gesellschaft ausschließt.

Anwendung der §§ 53 ff WEG steht deswegen auch im Rahmen der Regelung des Wertersatzes für den zwangsweise eintretenden Vermögensverlust kein Hindernis entgegen.

Bleibt zu erörtern, wie sich die freiwillige Versteigerung des GmbH-Geschäftsanteils bei analoger Anwendung des § 57 WEG im einzelnen gestaltet. Wie in § 74 a ZVG so ist auch hier die Hinzuziehung eines Sachverständigen [44] seitens des Notars vor der endgültigen Festsetzung des Wertes des Geschäftsanteils unvermeidlich, es sei denn der Notar hat die für eine derartige Schätzung nötigen Kenntnisse. Bezüglich der Bewertungsmodalitäten wurden bereits verschiedene Vorschläge gemacht: Die eine Möglichkeit wäre, vom Ertragswert auszugehen, der auf den durchschnittlichen Vergangenheitsgewinnen innerhalb eines bestimmten Zeitraumes abzüglich einmaliger Erträge beruht und mit Hilfe der Formel für die ewige Rente kapitalisiert wird. Diese Methode beruht auf der Vorstellung, die sicherlich nicht zutreffend ist, daß sich die Ertragslage in der Zukunft ebenso entwickelt wie dies in der Vergangenheit der Fall war, und ist daher abzulehnen [45]. Auszugehen ist vielmehr vom Verkehrswert, der auch den good will erfaßt, an dessen Schaffung der auszuschließende Gesellschafter ja ebenfalls beteiligt war. Das Mittel für dessen Ermittlung ist die Aufstellung einer Vermögensbilanz, d.h. eine

---

44) In erster Linie kommen als solche Wirtschaftsprüfer in Betracht.

45) So Schnelle Diss. S. 105 ff.

Zusammenstellung der Aktiva und Passiva unter Berücksichtigung der vorhandenen Reserven und des ideellen Geschäftswertes [46]. Fraglich ist, welcher Zeitpunkt als Stichtag für die Aufstellung der Vermögensbilanz zu wählen ist. Der BGH hat sich im Rahmen seiner Lösung sowohl im Falle des unbedingten wie des bedingten Ausschlußurteils für den Zeitpunkt der Klageerhebung als Stichtag entschieden [47] mit der Begründung, diese Entscheidung verhindere die Gefahr der Prozeßverschleppung seitens des Auszuschließenden, mache die Berechnung vom Zufall des Eintritts der Rechtskraft des Ausschließungsurteils unabhängig und schütze gleichzeitig den Gesellschafter vor einer ungünstigen Entwicklung des Unternehmens. Diese Begründung ist angreifbar, wenn man in betracht zieht, daß durch eine geschickte Wahl des Zeitpunktes der Klageerhebung der auszuschließende Gesellschafter u.U. stark benachteiligt werden kann. Es erscheint zudem fraglich, ob es gerechtfertigt ist, daß der lästige Gesellschafter, der im Falle des bedingten Ausschließungsurteils seinen Geschäftsanteil erst mit Erhalt des vollen Wertes seines Anteils verliert, überhaupt davor geschützt werden muß und darf, daß auch er von der Entwicklung der Gesellschaft zwischen Erhebung der Ausschließungsklage und endlichem Ausschluß betroffen wird, wo er doch sämtliche Gesellschafterrechte während des genannten Zeitraumes behält. Ebenso ist es bei der hier vertretenen Lösung: Der Verlust des Geschäftsanteils findet erst im Moment des

---

46) So u.a. Freund S. 23.

47) BGHZ 9, 176.

tatsächlichen Überganges des Geschäftsanteils auf einen Dritten oder die Gesellschaft statt und bis dahin hat der Auszuschließende durchaus einen Einfluß auf das Schicksal seines Geschäftsanteils und kann vom Risiko der Entwicklung des Geschäftsganges der Gesellschaft daher nicht ausgeschlossen werden. Trotzdem kommt der Zeitpunkt des Rechtsverlustes als Stichtag nicht in Betracht, muß der Notar doch die Möglichkeit haben, den Wert des Geschäftsanteils in die Versteigerungsbedingungen aufzunehmen. Vorgeschlagen wird daher der Zeitpunkt der Einleitung des Verwertungsverfahrens, d.h. der Tag der Beauftragung des Notars.

Außer der Möglichkeit für den auszuschließenden Gesellschafter, die Versagung des Zuschlags zu beantragen, falls das Mindestgebot nicht erreicht wird, erscheint auch die Regelung des § 57 V WEG (neuer Termin ohne diese Möglichkeit) angemessen. Es ist hier abschließend noch zu betonen, daß analog § 57 III WEG der Gesellschafter lediglich die Möglichkeit hat, den genannten Antrag zu stellen, sich mit dem gemachten Gebot aber auch durchaus einverstanden erklären kann, indem er stillschweigend auf sein Antragsrecht verzichtet. Das erscheint nicht als unbillig.

c) Möglichkeiten zum Schutze gegen eine Vereitelung der Ausschließung

Die Ablehnung der Notwendigkeit eines Ausschließungsurteils und die Beschränkung auf ein Urteil, welches das Vorliegen eines wichtigen Grundes feststellt (als Voraussetzung für den Erlaß eines Leistungsurteils) und als Grundlage für eine nachfolgende Veräußerung dient, haben zur Folge, daß der auszuschließende Gesellschafter - wie bereits mehrfach erwähnt - im Besitz seiner Gesellschafterrechte verbleibt, insbesondere

auch des Rechts auf Veräußerung seines Anteils. Diese Situation bringt u.a. die Gefahr mit sich, daß der Gesellschafter seinen Anteil an einen Strohmann verkauft und abtritt, um damit im Endeffekt in der GmbH zu bleiben. Dadurch vereitelt er die Erreichung des Ziels der Ausschließung.

Diese Gefahr besteht auch im Falle der Lösung des BGH, der aber deswegen eine Einschränkung des Grundsatzes der freien Veräußerlichkeit des Geschäftsanteils nicht für notwendig und zulässig hält [47a]. Er ist vielmehr der Ansicht, daß dieser Strohmann erneut auszuschliessen ist. Da dieser Standpunkt keine angemessene Lösung des Problems darstellt, ist nach einem anderen Ausweg zu suchen.

Ein generelles Veräußerungsverbot ist nicht notwendig, denn der auszuschließende Gesellschafter soll ja das Recht behalten, einer zwangsweisen Veräußerung des Geschäftsanteils durch freiwilligen Verkauf und freiwillige Abtretung zu entgehen.

Eine Möglichkeit, deren Wirkung begrenzter ist, wäre der Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung [47b], die dem auszuschließenden Gesellschafter im gegebenen Fall, d.h. bei dem Versuch der Einschleusung eines Strohmannes, die Veräußerung untersagen müßte. Als gesetzliche Grundlage für eine solche einstweilige Verfügung kommen die §§ 935, 938 I ZPO in Betracht. Die Gesellschaft müßte nachweisen, daß ihr durch Urteil festgestellter Anspruch auf Ausschließung des Gesellschafters aus der GmbH gefährdet ist. Falls sie diese Gefährdung glaubhaft machen kann (§§ 936, 920 II ZPO), indem sie darlegt, daß der vom auszuschließenden Gesellschafter in Betracht gezogene Erwerber

47a) Vgl. o. § 6 I 4. b) dd).
47b) Vgl. dazu auch o. § 5 III 4.

nur ein Strohmann ist, steht dem Erlaß einer entsprechenden einstweiligen Verfügung nichts im Wege.

Es bleibt festzustellen, daß der Fall des Strohmannes lediglich beispielhaft aufgeführt wurde. Die Möglichkeit der einstweiligen Verfügung besteht in allen Fällen, wo eine Vereitelung des Anspruches der Gesellschaft auf Ausschliessung des lästigen Gesellschafters zu befürchten ist.

IV. Vergleich mit anderen Lösungen

1. mit der Lösung des BGH

Die hier vorgeschlagene Lösung macht den Erlaß eines Ausschließungsurteils überflüssig und es entfallen alle jene prozeßrechtlichen Gründe, die gegen das vom BGH notwendig gehaltene Ausschliessungsurteil in der Form eines bedingten Gestaltungsurteils sprechen. Trotzdem hat auch der hier vertretene Vorschlag dieselben Vorteile, von denen der BGH meint, sie seien typisch für das bedingte Ausschließungsurteil [48]: Auch hier herrscht für die Zeit nach Rechtskraft des Urteils Klarheit über das Vorliegen eines wichtigen Grundes und es ist daher dieselbe feste Grundlage vorhanden für die Durchführung der Ausschließung, insbesondere für Verhandlungen mit Dritten, wie im Falle der BGH-Lösung.

---

48) BGHZ 9, 175 (unten).

Im Gegensatz zur Ansicht des BGH, dessen Lösung des Problems der Durchführung der Ausschließung eine Rechtsfortbildung ohne Anlehnung an gesetzliche Vorbilder als Analogiebasis darstellt, orientiert sich der hier gemachte Vorschlag an der für einen ähnlichen Fall getroffenen Regelung des Gesetzgebers im AEG und ist daher zumindest vom Verdacht der freien Rechtsfindung frei. Es ist an dieser Stelle hinzuzufügen, daß die Methode der Lösungsuche, der hier gefolgt wird, sowohl im Falle der Erörterung der prinzipiellen Frage der Ausschließbarkeit als auch bei der Diskussion der Durchführungsprobleme eine einheitliche ist, nämlich die der herkömmlichen Methode der Lückenausfüllung durch Analogieschluß. Auch in dieser Beziehung fehlt es ja der Lösung des BGH an der nötigen Klarheit.

Die Entscheidung des BGH im neunten Band wurde u.a. als nicht interessengerecht deswegen gerügt, weil durch die Hereinnahme der Abfindungsfrage in dem Prozeß eine sehr erhebliche Verzögerung der Ausschließung verursacht wird. Diese Frage steht bei der hier vorgetragenen Lösung im gerichtlichen Verfahren nicht zur Diskussion. Vielmehr findet die Wertermittlung des Geschäftsanteils des Auszuschließenden im Verwertungsverfahren vor dem Notar statt. Freilich wird auch hierdurch das endgültige Ausscheiden hinausgeschoben; immerhin aber ist gegen die Festsetzung des Wertes nur e i n Rechtsmittel, nämlich das der sofortigen Beschwerde, möglich, wodurch eine erhebliche Verzögerung in der Regel nicht eintreten dürfte.

Ferner wird hier dem Entstehen des unerfreulichen Schwebezustandes einer bedingten Ausschließung des lästigen Gesellschafters dadurch

vorgebeugt, daß als Ausschließungsmittel lediglich der Erwerb durch einen Dritten oder die Gesellschaft oder die Auflösungsklage für zulässig gehalten werden, und nicht die Einziehung i.V. mit einem evtl., langwierigen Kapitalherabsetzungsverfahren. Dadurch, daß die Verwertung durch den Notar und nicht durch eine Partei betrieben wird, erübrigt sich hier auch eine Fristsetzung für die Zahlung eines Entgelts an den Auszuschließenden.

Die vom BGH ausgesprochene Vermutung, daß der Erwerb des Geschäftsanteils durch die GmbH, die übrigen Gesellschafter oder einen Dritten, der bei der hier vertretenen Lösung das Hauptverwertungsmittel darstellt, nicht all zu oft praktisch werde, weil der volle Wert als Preis bezahlt werden müsse, ist nach der hier vorgenommenen Modifikation des Grundsatzes des vollen Wertersatzes nicht mehr stichhaltig. Die Einschränkung des genannten Grundsatzes ist gerechtfertigt, da - wie dargestellt - die Interessen des Auszuschließenden durch Einführung eines Mindestgebotes angemessene Berücksichtigung finden.

2. mit anderen ähnlichen Lösungen

Stichwortartig kann die hier vertretene Lösung mit "Zwangsabtretung" bezeichnet werden. Eine solche wurde als Mittel zur Durchführung der Ausschließung des GmbH-Gesellschafters schon früher in verschiedenen Formen vertreten: Bereits Scholz [49] war der Ansicht, daß in der Gesellschafterversammlung die Abtretung an einen Dritten oder die Gesellschaft

49) Mon. S. 34 und 38 ff.

beschlossen werden könnte. Diese Meinung hatte aber den Nachteil, daß sich die Gesellschaft bereits im Augenblick der Beschlußfassung über den Erwerber im klaren sein muß, was ohne die Grundlage eines rechtskräftigen Urteils über das Vorliegen eines wichtigen Grundes wohl kaum jemals praktisch werden dürfte. Die Möglichkeit einer derartigen Feststellungsklage lehnte Scholz aber ab. U.a. vertrat auch Seydel [50] die Ansicht, als Ausschließungsmittel komme grundsätzlich die Abtretungsklage in Betracht, in deren Rahmen aber der Hilfsantrag gestellt werden müsse, den lästigen Gesellschafter auszuschliessen, falls die Verwertung nicht klappe. Wie die Abtretungsklage im einzelnen aussehen und die hieran anschließende Verwertung stattfinden sollten, wird von Seydel nicht näher ausgeführt. Darüber hinaus aber erscheint der von ihm geforderte Hilfsantrag als wenig sinnvoll, da es nach der hier vertretenen Meinung schwerlich vorstellbar ist, wie die Ausschließung weiterhelfen kann, wenn der Erwerb durch einen Dritten oder die Gesellschaft nicht bewerkstelligt werden konnte.

---

50) GmbH-Rdsch. 1953 S. 151

T E I L C : Sonderfragen und Reformvorschlag

§ 8 SONDERFRAGEN BEI DER NORMALEN GMBH

I. Ausschluß der Veräußerlichkeit eines GmbH-Geschäftsanteils bzw. der Ausschließung eines GmbH-Gesellschafters durch die Satzung

Im Gesellschaftsvertrag sind häufig Klauseln enthalten, die die Veräußerung der Geschäftsanteile oder eines bestimmten Geschäftsanteils ausschließen. Falls derartige Bestimmungen zulässig und daher wirksam sind, führt das bei der hier vertretenen Ansicht zur Frage der Durchführung der Ausschließung eines lästigen Gesellschafters dazu, daß eine Ausschliessung aus wichtigem Grund nicht möglich ist, da die Einziehung als Ausschließungsmittel abgelehnt wurde. Auch eine Satzungsbestimmung, welche die Ausschließung eines GmbH-Gesellschafters aus wichtigem Grund für unzulässig erklärt, bedeutet für die hier vorgetragene Auffassung einen Ausschluß des Rechtes auf freie Veräußerlichkeit des Geschäftsanteils, das in § 45 GmbHG grundsätzlich festgelegt ist. Eine Erschwerung der Veräußerlichkeit des Geschäftsanteils ist nach Abs.V dieser Bestimmung zulässig; von einem Ausschluß der Veräußerlichkeit ist jedoch im Gesetz nicht die Rede. Trotzdem hält die h. M. [1] einen solchen Ausschluß für zulässig. Man begründet

1) So z.B. Feine S. 370, Scholz Komm.Anm.42 zu § 15, Hueck in Baumbach-Hueck Anm.1 A zu § 15.

die Zulässigkeit u.a. damit, daß es der freie Entschluß des Gesellschafters sei, wenn er sich einer solchen Bestimmung unterwerfe (Vertragsfreiheit) [2] oder auch damit, daß im Vereinsrecht der Ausschluß der gesetzliche Zustand sei (§ 38 BGB) [3].

Es stellt sich die Frage, ob ein Ausschliessungsverfahren auch dann zulässig ist, wenn eine solche, grundsätzlich wirksame Satzungsbestimmung über den Ausschluß der Veräußerlichkeit vorliegt. Diese Frage wird zum Teil bejaht mit der Begründung, der Rechtsgedanke der Auflösbarkeit von Dauerrechtsverhältnissen sei ein zwingender Grundsatz, dessen Einschränkung durch entsprechende Bestimmungen eines Gesellschaftsvertrages nicht wirksam sei, was sich auch in § 133 III HGB manifestiere [4]. Die Parallele zu der zuletzt genannten Bestimmung kann jedoch nicht überzeugen, da sie einen anderen Fall, nämlich den der Auflösungsmöglichkeit einer Gesellschaft betrifft. Diese Möglichkeit wird aber durch die an dieser Stelle angesprochenen Gesellschaftsvertragsbestimmungen nicht berührt. Es erscheint einleuchtender zwischen folgenden zwei Fällen zu differenzieren:

Ist in einem Gesellschaftsvertrag (lediglich) die Veräußerlichkeit eines Geschäftsanteils ausgeschlossen, dann steht eine solche Satzungsbestimmung einer Ausschließung aus wichtigem Grund nicht entgegen, denn regelmäßig war in solchen Fällen der Zweck der Vertragsbestimmung der, die Zahl der GmbH-Gesellschafter - insbesondere gilt das für Familiengesellschaften -

---

2) Feine a.a.O.

3) Hueck a.a.O.

4) So Freund S. 10 f.

beschränkt zu halten, was man durch ein Verbot freier Veräußerung durch den Inhaber des Geschäftsanteils selbst zu erreichen versuchte. Es war aber nicht gewollt, eine Ausschließung eines Gesellschafters durch die übrigen Gesellschafter zu vermeiden.

Der zweite Fall, der darin besteht, daß die zwangsweise Ausschließung im Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen ist, was einem Ausschluß der Veräußerlichkeit für diesen Fall gleichkommt, ist anders zu beurteilen. Hier geht der Wille der sich einem solchen Vertrag unterwerfenden Gesellschafter offensichtlich dahin, eine solche Ausscheidensmöglichkeit auszuschließen und nur die Möglichkeit der Auflösung zu gewähren. Da ein Grund für den zwingenden Rechtscharakter der Ausschließungsmöglichkeit nicht ersichtlich ist, ist ein solcher Wille verbindlich.

II. Feststellung von ausschließungsgründen in der Person des Erwerbers nach teilweiser Veräußerung des Geschäftsanteils

Es kann der Fall eintreten, daß der Geschäftsanteil des Auszuschließenden teilweise - es ist z.B. bereits der Zuschlag erteilt und ein entsprechender Kaufvertrag beurkundet - an einen Dritten veräußert ist, ge[illegible]aber [illegible] Gründe bestehen, die einen Ausschluß rechtfertigen [illegible]. Der Grundsatz des § 242 BGB, dolo facit, qui petit quod statim redditurus esset, bedeutet hier offensichtlich zur Erfüllungsverweigerung, ohne daß ein Ausschließungsverfahren

eingeleitet werden müßte, denn der Dritte ist ja noch gar nicht Gesellschafter geworden und daher als solcher auch nicht schutzwürdig.

Der BGH hat diese Frage für den Fall der Einmanngesellschaft entschieden [5], wo der Einmann-Gesellschafter einen Teil seiner Anteile an einen Dritten verkauft hatte und dann die oben genannte Feststellung machen mußte. Der BGH hat den Fall so entschieden, wie das eben für die normale GmbH dargestellt wurde, auf die genannten Kriterien in gleicher Weise Anwendung finden.

III. GmbH in Liquidation und Konkurs

1. GmbH im Konkurs

Die oben aufgeführten Lösungen [6] sind alle mit der Entstehung eines Abfindungsanspruches des Ausgeschlossenen (oder bedingt Ausgeschlossenen) gegen die Gesellschaft verbunden. Es wirft sich daher dort auch die Frage auf, wie der Abfindungsanspruch des Ausgeschlossenen bei der Ermittlung der Überschuldung der GmbH zu behandeln ist, d.h. ob man ihn als regulären Gläubigeranspruch gegen die Gesellschaft zu betrachten hat oder ob er lediglich Berücksichtigung in der Anschlußliquidation, also nach Befriedigung der Konkursgläubiger finden soll. Diese Frage erhebt sich bei der hier vorgeschlagenen Lösung überhaupt nicht, denn ein Abfindungsanspruch in diesem Sinne entsteht nicht,

---

5) BGHZ 35, 272.

6) S.o. § 6 I.

da der Auszuschließende im Moment des Verlustes des Geschäftsanteils immer gleichzeitig das Entgelt für den Geschäftsanteil erhält.

Ebenso unproblematisch nach der hier vertretenen Lösung ist die Beantwortung der Frage, welche Rechte der auszuschließende Gesellschafter bei Eröffnung und während des Konkurses der GmbH hat. Da er seine volle Gesellschafterstellung bis zum Verlust des Anteils durch freiwillige oder zwangsweise Abtretung inne-hat, ist er den übrigen Gesellschaftern auch im Konkurs gleichzustellen, d.h. er kann z.B. über die Gesellschafterversammlung den (oder die) Geschäftsführer anweisen, den Antrag auf Konkurseröffnung zu stellen.

2. GmbH in Liquidation

Der BGH hat bereits in seiner Grundsatzentscheidung [7] festgestellt, daß auch die Ausschließung aus einer Liquidations-GmbH möglich ist. Dieser Fall wirft jedoch für die hier vertretene Lösung keine besonderen Fragen auf.

---

7) BGH 9, 179.

§ 9 SONDERFRAGEN BEI DER ZWEIMANN-GMBH

Die Frage, ob die Ausschließung eines Gesellschafters aus einer Zweimann-GmbH deswegen zulässig ist, weil dann eine Einmann-Gesellschaft entsteht, ist gegenstandslos geworden, seitdem feststeht, daß die GmbH zulässigerweise die Form einer Einmann-Gesellschaft annehmen kann. Trotzdem bleiben bezüglich der Ausschließung aus einer Zweimann-GmbH immer noch Fragen übrig, die einer kurzen Erörterung bedürfen.

I. Klagebefugnis des einzelnen Gesellschafters ?

Der Anspruch auf Ausschließung eines GmbH-Gesellschafters ist ein Anspruch der GmbH und daher tritt die Gesellschaft in einem Ausschließungsprozeß als Klägerin auf. Wendet man diesen Grundsatz auch auf die Zweimann-Gesellschaft an, dann führt das u.U. zu unerwünschten Schwierigkeiten. Es wird nämlich hier in der Regel so sein, daß schwere Differenzen zwischen den beiden Gesellschaftern bestehen und diese dazu führen, daß sich die beiden Gesellschafter nach Möglichkeit gegenseitig ausschließen wollen. Da die Ausschliessungsklage zur Voraussetzung hat, daß ein entsprechender Gesellschafterbeschluß in der Gesellschafterversammlung gefaßt wird, setzt nun ein "run" um den Gesellschafterbeschluß ein und es entsteht die Gefahr zweier gleichzeitiger Ausschließungsklagen, deren Erledigung in einem Prozeß im Wege der Klage und Widerklage nicht möglich sein wird, falls man daran festhält, daß nur die GmbH auf Ausschließung klagen darf [1].

---

1) Vgl. Rob. Fischer Fschr. S.133.

Der BGH hat die Frage, ob auch eine Klage des einzelnen Gesellschafters der Zweimann-Gesellschaft zulässig ist, offengelassen, obwohl er zwei Fälle zu entscheiden hatte, in die Zweimann-Gesellschaften verwickelt waren [2].

Es wird zum einen die Meinung vertreten, daß auch im Falle der Zweimann-GmbH keine Notwendigkeit bzw. rechtliche Möglichkeit dafür bestehe, daß man den Grundsatz durchbreche, die GmbH habe die Ausschließungsklage zu erheben [3]. Ganßmüller [4] ist nämlich der Ansicht, daß in Fällen, wo auf Grund zweier entsprechender Gesellschafterbeschlüsse zwei Ausschließungsklagen erhoben werden, diese jederzeit zu einem Prozeß verbunden werden könnten. Das aber ist offensichtlich nicht möglich in all den Fällen, in denen für die beiden Klagen auf Grund verschiedener Wohnsitze der Beklagten verschiedene Gerichtsstände bestehen. Die Möglichkeit der Klagenverbindung scheidet also als Argument in dieser Frage aus. Kirchner [5] hingegen hält eine Geltendmachung von Ansprüchen der Gesellschaft durch einzelne Gesellschafter bei der GmbH generell für unzulässig, da die GmbH juristische Person mit eigenem Vermögen sei, die lediglich - auch bei extrem personenbezogener Ausgestaltung - durch ihre Organe zu handeln in der Lage sei. Das mögliche bloße Interesse an der Geltendmachung eines Anspruches für den Rechtsträger ohne dessen Ermächtigung

---

2) BGHZ 16, 317 und 32, 17. Unrichtig insoweit Mosler Diss. 117 ff, der annimmt, der BGH habe in seinem Urteil vom 17.2.1955 (BGHZ 16, 317) die Einzelklage eines Gesellschafters für zulässig gehalten.

3) So insbesondere Ganßmüller GmbH-Rdsch.1956 S. 129 ff und Kirchner, GmbH-Rdsch.1961 S. 160.

4) A.a.O.

5) A.a.O.

1) Diss. und GmbH-Rdsch. 1967 S. 127 ff.

genüge für eine Durchbrechung dieses Grundsatzes nicht. Daß eine derartige allgemeine Ablehnung von Klagen einzelner Gesellschafter der GmbH, die auf die Geltendmachung von Ansprüchen der GmbH gerichtet sind, zu weit geht, hat Landgrebe nachgewiesen [6], wenn er darlegt, daß es zumindest im Falle der Zweimann-GmbH notwendig sei, daß der Minderheitsgesellschafter u.a. Schadensersatzansprüche gegen den Mehrheitsgesellschafter in eigenem Namen geltend machen können muß, da hier die gesetzliche Einrichtung des Geschäftsführers deswegen nicht mehr funktionsfähig ist, weil dieser vollkommen vom Willen des Mehrheitsgesellschafters abhänge.

Andererseits fehlt es nicht an Stimmen, die die Möglichkeit der Erhebung der Ausschließungsklage durch einen einzelnen Gesellschafter im Falle der Zweimann-GmbH für unentbehrlich halten: So ist insbesondere Rob. Fischer [7] der Ansicht, daß im Falle der Zweimann-GmbH die Klage von dem Gesellschafter selbst erhoben werden müsse, der die Ausschließung des anderen begehre, wobei zur Begründung darauf verwiesen wird, daß die Ausschließungsklage hier ihrem Ziel nach darauf gerichtet sei, daß der klagende Gesellschafter Einmann-Gesellschafter werde und daher auch die Grundsätze Anwendung finden müßten, wonach der Durchgriff auf den Gesellschafter in bestimmten Fällen zulässig sei. Der hier angestellte Vergleich mit dem Recht der Einmann-Gesellschaft leuchtet deswegen nicht ganz ein, weil beim Durchgriff auf den Einmann-Gesellschafter in Rechte des Gesellschafters eingegriffen wird, während es bei der hier zu beantwortenden Frage darum geht, daß dem Gesellschafter der Zweimann-Gesellschaft ein besonderes Recht gewährt werden soll.

---

7) Fschr. S.133 f.

Der Verfasser ist allerdings im Ergebnis ebenfalls der Meinung, daß die einzige angemessene Antwort auf die hier vorliegende Frage darin besteht, im Falle der Ausschließung aus einer Zweimann-GmbH die Einzelklage zuzulassen [8]. Eine rechtliche Grundlage ist allerdings hierfür nach dem geltenden Recht nicht ersichtlich. Nach unbestrittener Ansicht werden zwar dem einzelnen GmbH-Gesellschafter trotz mangelnder gesetzlicher Basis auf anderen Gebieten einzelne Rechte gewährt, wie z.B. das Recht auf Auskunft und Bücherein sicht in bestimmten Fällen. Aber auch in diesen Fällen ist nicht zu verkennen, daß es sich um die Gewährung von Rechten praeter legem handelt, die richtigerweise gesetzlich normiert werden sollten. Mezger [9] versucht durch Nachweis des Vorliegens der Voraussetzungen für eine Prozeßstandschaft der Einzelklage im Falle der Zweimann-GmbH eine rechtliche Grundlage zu geben. Er ist der Ansicht, daß die für eine Prozeßstandschaft erforderliche Ermächtigung durch die GmbH unproblematisch sei, da der die Ausschließung begehrende Gesellschafter in der Gesellschafter-Versammlung allein stimmberechtigt sei. Es erscheint jedoch als sehr zweifelhaft, ob § 47 IV GmbHG - unter diese Vorschrift wurde der Ausschluß von der Stimmberechtigung subsumiert [10] - auch den Fall der Ermächtigung eines einzelnen Gesellschafters zur Geltendmachung eines Anspruches der Gesellschaft umfaßt. Diese Frage kann man nicht mehr zur "Leitung eines Rechtsstreites" (§ 47 IV GmbHG) rechnen.

---

8) und zwar wegen der [illegible] erörterten unerträglichen [illegible] Unzumutbarkeit einer Klage durch alle Gesellschafter.

9) [illegible] S. 117 f.

10) [illegible] § 5 III 1. a).

Somit ist nach geltendem Recht davon auszugehen, daß auch bei der Zweimann-GmbH nur die Gesellschaft zur Erhebung der Ausschließungsklage berechtigt ist mit der bereits erwähnten Folge, daß die Ausschließung u.U. nicht endgültig in einem Prozeß im Wege der Klage und Widerklage zu klären ist, sondern hintereinander zwei Gesellschafterbeschlüsse auf Ausschließung jeweils des anderen Gesellschafters ergehen, denen der Geschäftsführer jedoch nur in der Weise nachkommen darf, daß die zweite Ausschließungsklage erst erhoben werden darf, wenn die erste rechtskräftig abgewiesen worden ist. Andernfalls bestünde die Gefahr von zwei Ausschließungsurteilen mit dem Ergebnis, daß schließlich keiner der Gesellschafter mehr in der GmbH verbleiben würde. Dieses Verfahren ist beileibe nicht sehr einfach; jedoch bleibt die angemessenere Lösung einer Einzelklage mit dem Zweck der Erledigung des Ausschließungsstreites in einem Prozeß im Wege der Klage und Widerklage einer Reform des GmbHG vorbehalten.

II. Besonderheiten im Hinblick auf die Feststellung der Ausschließungsvoraussetzungen

Der BGH hat zuletzt in einem Urteil vom 25.1.1960 [11] den Grundsatz ausgesprochen, daß eine Ausschließung aus der Zweimann-GmbH dann nicht zulässig sei, wenn zwar das Verschulden des Auszuschließenden überwiege, das gesellschaftswidrige Verhalten des anderen Gesellschafters aber, gemessen an dem Verhalten des ersteren, als ein wichtiger Grund i.S. des § 140 HGB anzusehen sei. Er führt damit die

11) BGHZ 32, 17, 22 f.

bereits im Urteil vom 17.2.1955 [12] bestätigte Rechtsprechung des RG [13] für den Fall der Übernahmeklage gem. § 142 HGB im Rahmen der oHG fort. Der Gedanke, daß es in dem erwähnten Fall nach Treu und Glauben nicht gerechtfertigt ist, nur einem Gesellschafter gegenüber die harte Maßnahme der Ausschließung zu verhängen, trifft im Falle der Ausschließung aus der Zweimann-GmbH genau so zu wie bei der Übernahme der oHG durch den einen verbleibenden Gesellschafter. Der Rechtsprechung ist daher zuzustimmen, wenn sie in diesen Fällen eine umfassende Prüfung auch der Person des die Ausschließungsklage veranlassenden (bzw. klagenden) Gesellschafters verlangt und eine Ausschließung nur dann für zulässig hält, wenn das gesellschaftswidrige Verhalten des Klägers gegenüber dem des Beklagten vollkommen in den Hintergrund tritt.

---

12) BGHZ 16, 317, 322 f.

13) So das RG zuletzt in RGZ 153, 275, 280.

§ 10 REFORM de lege ferenda

I. Notwendigkeit einer Reform

1. Bisherige Vorschläge

Schon Wieland war der Ansicht, daß eine befriedigende Lösung - u.a. auch im Hinblick auf die Regelung der Ausschließung eines GmbH-Gesellschafters aus wichtigem Grund - erst dann möglich sei, wenn der Gesetzgeber einen zweiten Typus der GmbH schaffe, "anstatt alle Formen in das Prokrustesbett einer einheitlichen Form zu pressen".[1)]

In dieselbe Richtung geht die Meinung Hallsteins 2), wenn er es für unbedingt erforderlich hält, daß das jetzige gesetzliche Tatbestandsbild in besseren Einklang mit der Lebenswirklichkeit gebracht wird, womit er meint, das Gesetz sei auf den tatsächlichen Normaltyp der personenbezogenen GmbH zuzuschneiden und die kapitalistische Erscheinungsform der GmbH einer Regelung in der Satzung zu überlassen.

Auch Scholz[3)] ist der Ansicht, daß eine angemessene Lösung des Problems in Anlehnung an § 140 HGB nur im Wege der Neuregelung möglich ist. Auch Rob. Fischer[4)], der u.a. die persönliche Haftung der verbleibenden Gesellschafter neben der GmbH für die Erfüllung des Abfindungsanspruches für die einzig angemessene Lösung des hier anstehenden Problems hält,

---

1) S. 290.
2) S. 449. Ebenso Gessler S. 104.
3) Vgl. u.a. GmbH-Rdsch. 1951 S. 86.
4) Fschr. S. 131 ff.

stellt fest, daß sein Vorschlag nur durch eine neue gesetzliche Regelung zu verwirklichen ist.

Gonnella [5] hält es ebenfalls für ein Gebot der Rechtssicherheit und Gerechtigkeit, daß der Gesetzgeber auf dem Gebiet der Ausschliessung des GmbH-Gesellschafters tätig wird, um eine klare, sachgerechte und gleichmäßige Behandlung der in diesem Zusammenhang zu entscheidenden Fälle zu garantieren. Ein gesetzgeberisches Tätigwerden sei vor allem deswegen erforderlich, weil dieses Problem so vielfältige und zum Teil noch ungelöste Fragen aufwerfe [6].

Man kann somit wohl mit Recht behaupten, daß die überwiegende Meinung dahin geht, eine angemessene Lösung der hier vorliegenden Fragen sei nur im Wege der gesetzlichen Neuregelung möglich.

2. Eigener Standpunkt

Eine Reform erscheint grundsätzlich nur dann erforderlich, wenn mit den herkömmlichen Mitteln der Gesetzesanwendung, insbesondere auch mit den anerkannten Mitteln der Rechtsfortbildung nicht mehr geholfen werden kann, die Regelung eines bestimmten tatsächlichen Verhältnisses aber unbedingt notwendig ist. Die Darlegung des eigenen Vorschlags zur Lösung der hier anstehenden Fragen hat aber gezeigt, daß, mit Ausnahme des Problems der Klagebefugnis bei der Zweimann-GmbH, angemessene Lösungen im Wege der Analogie zu finden sind und bestehen. Ein Tätigwerden des Gesetzgebers ist daher nicht unbedingt erforderlich.

---

5) S. insbesondere seinen Aufsatz in GmbH-Rdsch. 1967 S.90

6) Vgl. auch Curt Fischer S.127 ff und Wolff S.121.

Davon zu unterscheiden ist die Frage, inwieweit das Problem der Ausschließung aus der GmbH bei einer allgemeinen Reform des GmbHG Berücksichtigung finden sollte. Hier wäre es vor allem im Interesse der Rechtsklarheit geboten, daß die Ausschließung aus einer GmbH eine gesetzliche Normierung fände.

II. Formulierung der Rechtssätze über die Ausschließung de lege ferenda

Die in der vorliegenden Untersuchung gemachten Vorschläge lassen sich in folgende Rechtssätze fassen:

§ 1 (1) Kann wegen des Vorliegens eines wichtigen Grundes den andern Gesellschaftern der Verbleib eines Gesellschafters in der GmbH nicht mehr zugemutet werden, so können sie die Veräußerung seines Geschäftsanteils verlangen.

(2) Über dieses Verlangen beschließen die Gesellschafter durch Mehrheit der abgegebenen Stimmen, wobei der betroffene Gesellschafter nicht stimmberechtigt ist.

§ 2 (1) Ist ein Beschluß gem. § 1 (2) ergangen, so kann die Gesellschaft Klage erheben auf Verpflichtung des Gesellschafters zur Veräußerung seines Geschäftsanteils unter der Voraussetzung, daß ein wichtiger Grund hierfür vorliegt. Im Falle einer Zweimann-Gesellschaft ist der das Ausscheiden des andern Gesellschafters begehrende Gesellschafter zur Klageerhebung berechtigt.

(2) Das Urteil, durch das ein Gesellschafter zur Veräußerung seines Geschäftsanteils verurteilt wird, ersetzt die für die freiwillige Versteigerung des Geschäftsanteils und für die Übertragung des Geschäftsanteils auf den Ersteher erforderlichen Erklärungen.

§ 3 (1) Die Gesellschaft beauftragt einen Notar mit der Einleitung des freiwilligen Versteigerungsverfahrens. Dieser setzt, falls erforderlich, unter Hinzuziehung eines Sachverständigen den Verkehrswert des Geschäftsanteils z.Zt. der Einleitung des Versteigerungsverfahrens fest. Gegen diese Festsetzung hat der betroffene Gesellschafter das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde.

(2) Der Zuschlag erfolgt analog § 57 III - V ZVG.

(3) § 56_{II} ZVG gilt entsprechend.

(4) Im Falle des Zuschlags an die Gesellschaft bleibt § 33 I GmbHG unberührt.

(5) Bis zur Erteilung des Zuschlags kann der betroffene Gesellschafter die Versteigerung durch freiwillige Veräußerung des Geschäftsanteils abwenden.

§ 4 Findet sich im Versteigerungsverfahren kein Abnehmer für den Geschäftsanteil, dann kann die Gesellschaft die Auflösungsklage analog § 61 GmbHG erheben.

L E B E N S L A U F

Am 15. Februar 1940 wurde ich in Ulm als Sohn des Eugen Fischer, Tierzuchtinspektor, und dessen Ehefrau Johanna Fischer, geb. Kienle, geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

Im Frühjahr 1959 habe ich am neusprachlichen Schubartgymnasium in Ulm die Reifeprüfung abgelegt. Nach dem Wehrdienst, aus dem ich als Reserveoffizier entlassen wurde, habe ich im WS 1960/61 an der Universität Tübingen mit dem Studium der Rechtswissenschaft begonnen. Nach drei Semestern habe ich Tübingen verlassen und war während der nachfolgenden drei Semester an der Universität Hamburg eingeschrieben. Im WS 1963/64 kehrte ich an die Universität Tübingen zurück und legte dort nach weiteren drei Semestern im Frühjahr 1965 die Erste juristische Staatsprüfung ab.

Seit dem 1. Juli 1965 bin ich Gerichtsreferendar in Tübingen. Den juristischen Vorbereitungsdienst habe ich von Juli 1966 bis August 1967 zum Studium an der University of Chicago unterbrochen. An der dortigen Law School erwarb ich den Titel eines Master of Comparative Law.